

Hans Lieder

Die strafrechtliche
Zueignung

Begriffsbestimmung und praktische Anwendung

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

D I E S T R A F R E C H T L I C H E
Z U E I G N U N G
B E G R I F F S B E S T I M M U N G U N D P R A K T I S C H E A N W E N D U N G

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

HANS LIEDER

aus Stettin

1967



Erster Berichterstatter: Prof.Dr.Lenckner
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr.Wessels
Dekan: Prof. Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 28.Juli 1967

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
E I N L E I T U N G	1
1. A B S C H N I T T	3
GESCHICHTLICHER ÜBERBLICK UND PROBLEMSTELLUNG	3
1. Die geschichtliche Entwicklung des Zueignungsbegriffs	3
a) Die Substanztheorie	5
b) Die Sachwerttheorie	9
c) Enteignung - Aneignung	
Das Moment des Dauernden	12
d) Die weitere Entwicklung des Zueig- nungsbegriffs bis zur Gegenwart	15
2. Problemstellung	19
2. A B S C H N I T T	25
DIE BESTIMMUNG DES ZUEIGNUNGSBEGRIFFS	25
1. Das Zueignungsobjekt	26
a) Die Sache	27
b) Sache und Zueignungsobjekt	35
2. Der Zueignungsakt	37
a) Das negative Zueignungselement	49
b) Das positive Zueignungselement	64
c) Ergebnis	80
3. Die Zueignung von Wertpapieren	83
a) Die "Wertpapiere im engeren Sinne"	
als Zueignungsobjekte	86
b) Die Legitimationspapiere als Zueignungsobjekte	91
c) Zusammenfassung	101

	Seite
3. A B S C H N I T T	103
DIE PRAKTISCHE ANWENDUNG DES ZUEIGNUNGSBEGRIFFS	103
1. Zueignung von Schriftstücken	104
a) Einsichtnahme in fremde Dokumente und anschließende Vernichtung derselben	104
b) Einsichtnahme in fremde Dokumente und anschließende Rückgabe derselben	109
c) Der Mißbrauch polizeilicher Aufforderungsschreiben	116
2. Zueignung durch Aushändigung von Sachen an den Eigentümer	122
a) Das "Organisieren" von Dienst- gegenständen	122
b) Das Entwenden von Geld	126
c) Ergebnis	132
3. Die Zueignung von Kraftfahrzeugen	134
a) Das Abstellen des Fahrzeugs nach unbefugter Fahrt	135
b) Abnutzung des Fahrzeugs durch bestimmungsgemäßen Gebrauch	141
4. Zueignung durch einen Pseudo-Boten	154
5. Zusammenfassung	161
S C H L U S S B E T R A C H T U N G	163

VERZEICHNIS DES SCHRIFTTUMS

- A l l f e l d , Philipp
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
8.Aufl. des von Hugo Meyer begründeten
Lehrbuches. Leipzig 1922
- B a u m a n n , Jürgen:
Der strafrechtliche Schutz bei den Siche-
rungsrechten des modernen Wirtschaftsver-
kehrs. Berlin 1956
- B a u m a n n , Jürgen:
Mißbrauch polizeilicher Aufforderungs-
schreiben. NJW 1964, S.705 ff.
- B e u m b a c h , Adolf - H e f e r m e h l , Wolfgang:
Wechselgesetz und Scheckgesetz. 8.Aufl.
München -Berlin 1965
- B A U R , Fritz:
Lehrbuch des Sachenrechts. 2.Aufl.
München-Berlin 1963
- B E R N E R , Albert Friedrich:
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
7.Aufl. Leipzig 1874
16.Aufl. Leipzig 1891
- B I N D I N G , Karl:
Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Straf-
rechts. Besonderer Teil. 1.Band. 2.Aufl.
Leipzig 1902
- B o c k e l m a n n , Paul:
Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs
vom 13.11.1958 - 4 StR 199/58 -.
JZ 1959, S.495 ff.
- B o c k e l m a n n , Paul:
Ist eine berichtigende Auslegung des
§ 246 StGB statthaft? MDR 1953, S.3 ff.
- B o c k e l m a n n , Paul:
Strafrecht - Besonderer Teil I.- Literatur-
bericht -, ZStW Band 65, S.569 ff.
- B o c k e l m a n n , Paul:
Strafrechtliche Untersuchungen.
Göttingen 1957.

B r u c k e :

Bemerkungen zum RG-Urteil v. 3.Okt.1890.
GA 1892, S. 110 ff.

B r u n s , Hans-Jürgen:

Die Befreiung des Strafrechts vom zivil-
listischen Denken. Berlin 1938

D a l c k e , A. - F u h r m a n n , Ernst - S c h ä f e r ,
Karl:

Strafrecht und Strafverfahren. 37.Aufl.
Berlin 1961

D o e r r , Friedrich:

Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts
v. 14.10.1926 - 2 D 846/26 -.
JW 1927, S.908 f.

D o e r r , Friedrich:

Die rechtswidrige Hebung fremder Spar-
guthaben. GS 52, S.1 ff.

D o e r r , Friedrich:

Über das Objekt bei den strafbaren An-
griffen auf vermögensrechtliche
Interessen. Heft 3-4 der Strafrechtlichen
Abhandlungen, herausgegeben von Bennecke.
Breslau 1897

D r e h e r , Eduard - M a s s e n , Hermann:

Strafgesetzbuch. 2.Aufl.
München-Berlin 1956

E b e r t , Arnold:

Zur Strafbarkeit ungetreuer Kraftfahr-
zeugmieter. DAR 1954, S.291.

E c k s t e i n , Ernst:

Über den Begriff der strafrechtlichen
Zueignung. GS 80, S.283 ff.

E n g i s c h , Karl:

Besprechung des Beitrags von Erik Wolf:
Der Sachbegriff im Strafrecht.
MonKrimPsych. XXII, S.242.

E n g i s c h , Karl: Vom Weltbild des Juristen.

Heidelberg 1950.

E n t w ü r f e :

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch mit Begründung. Berlin 1909

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung.
Berlin 1911

Entwurf der Strafrechtskommission.
Berlin 1913

Entwurf von 1919 nebst Denkschrift.
Berlin 1921

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung.
Berlin 1925

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Bearb. vom Reichsrat.
Berlin 1927

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Entwurf Kahl).
Bonn 1954 (Nachdruck)

Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs 1936 nebst Begründung. Bonn 1954 (Nachdruck)

Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB)
E 1960 mit Begründung.

Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB)
E 1962 mit Begründung. Bundesratsvorlage.
Bonn 1962

E r m a n , Walter:

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
1. und 2. Band. 3. Aufl. Münster 1962

E s e r , Albin:

Zur Zueignungsabsicht beim Diebstahl.
JuS 1964, S. 477 ff.

F e i s e n b e r g e r , Albert:

Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassen-Guthaben, Dissertation Frankfurt 1895.

F e l d m a n n :

Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 19.5.1950 - Ss 21/50 - . NJW 1950, S. 959 f.

F e l d s c h e r , Werner:

Über den Begriff der Zueignung im deutschen Strafgesetzbuch. Dissertation Münster 1936.

- F e u e r b a c h , Anselm, Ritter von:
Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen
peinlichen Rechts. 10.Aufl. Giessen 1828
- F i n g e r , August:
Das Strafrecht. 2.Band. Berlin 1895
- F i n g e r , August:
Kritische Besprechung von Entscheidungen des
Reichsgerichts. GS 78, S.387 ff.
- F r a n k , Reinhard:
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
18.Aufl. Tübingen 1931
- G e r l a n d , Heinrich:
Deutsches Reichsstrafrecht (Grundrisse der
Rechtswissenschaft, 16.Band).
Berlin und Leipzig 1922
- G e r s t e n b e r g , Ekkehard:
Löschen von Tonbändern als neuer strafrechtlicher
Tatbestand. NJW 1956, S.540.
- G l e i s p a c h , Graf Wenzeslaus:
Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen.
I.Teil. Berlin 1905
- G o l t d a m m e r :
Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für
die Preußischen Staaten. Teil II.
Berlin 1852
- G r i b b o h m , Günter:
Zur Problematik des Zueignungsbegriffs.
JuS 1963, S.106 ff.
- G r i b b o h m , Günter:
Zur Problematik des Zueignungsbegriffs.
MDR 1965, S.874.
- H a b e r k o r n , Kurt:
Zum Zueignungsbegriff des § 246 StGB.
MDR 1962, S.704 ff.
- H a r b u r g e r , Heinrich:
Diebstahl und Unterschlagung. In: Vergleichende
Darstellungen des deutschen und ausländischen
Strafrechts. Besonderer Teil.
Band VI. S.183 ff. Berlin 1907
- H a r t m a n n :
Der Diebstahl an Sparkassenbüchern.
GA 1892, S.259 ff.

- H i r s c h , Hans Joschim:
Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen,
Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueig-
nungsstrafbestimmungen. JZ 1963, S.149 ff.
- H ö l t z e n b e i n , Anton:
Sparkassenbuch und Sparguthaben im Strafrecht.
Dissertation Göttingen 1895
- H ö p f n e r :
Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf
zu einem deutschen Strafgesetzbuch.
Berlin 1910
- H o l l :
Wer "besorgt" oder "organisiert", wird wegen
Diebstahls bestraft.
ZWehrR 8.Band (1943), S.117.
- H o l t z e n d o r f f , Fr. v.:
Handbuch des deutschen Strafrechts. Band 3.
Berlin 1874
- J o h n , Richard:
Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des
Reichsgerichts. ZStW 1, S. 222 ff.
- K a h n , Fritz:
Der Vermögensbegriff bei den Vermögensdelik-
ten des Strafgesetzbuchs.
Dissertation Köln 1936
- K o c h , H.:
Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs
vom 3.5.1956 - 3 StR 70/56 -. NJW 1957, S.150.
- K o e h l e r , Lucie:
Zueignungs- und Bereicherungsabsicht beim
Diebstahl. Dissertation Berlin 1938
- K ö s t l i n , C.R.:
Abhandlungen aus dem Strafrecht.
Tübingen 1858
- K o h l h a a s , Max:
Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt
vom 13.6.1962 - 2 Ss 258/62-, NJW 1962, S.
1879 f.
- K o h l h a a s , Max:
Zur Strafbemessung bei Autodiebstählen.
DAR 1962, S.281

- K o h l r a u s c h , Eduard:
Industriespionage. ZStW Band 50, S.30 ff.
- K o h l r a u s c h , Eduard:
Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen.
In: Das kommende deutsche Strafrecht -Be-
sonderer Teil -, Bericht über die Arbeit
der amtlichen Strafrechtskommission, her-
ausgegeben von Franz Gürtner.
Berlin 1935, S.297 ff.
- K o h l r a u s c h , Eduard - L a n g e , Richard:
Strafgesetzbuch. 43.Aufl. Berlin 1961
- K r e b s , Walter:
Über den Begriff der Zueignung bei Dieb-
stahl und Unterschlagung.
Dissertation Breslau 1913
- K r i m i n a l p o l i t i s c h e Gegenwartsfragen.
Arbeitstagung im Bundeskriminalamt Wies-
baden vom 3.November bis 8.November 1958
über kriminalpolitische Gegenwartsfragen.
Wiesbaden 1959
- K ü p p e r s , Rudolf:
Wegnahme bundeswehreigener Sachen unter
Soldaten. NZWehrR 1964, S.103 ff.
- L a m p e , Ernst-Joachim:
Objektiver und subjektiver Tatbestand
beim Diebstahl. GA 1966, S. 225 ff.
- L a p s i e n , Otto:
Zur Frage des "Besorgens". ZWehrR 7.Band
(1942/43), S.462.
- L e i p z i g e r K o m m e n t a r
zum Strafgesetzbuch. 8.Aufl. Berlin 1957/58
1.Aufl. Berlin und Leipzig 1920
6./7.Aufl. Berlin 1951
- L i l i e n t h a l , K.v.:
Der Diebstahl als Bereicherungsdelikt.
ZStW Band 32, S.1 ff.
- L i s z t , Franz von:
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
3.Aufl. Berlin und Leipzig 1888
9.Aufl. Berlin 1899
14./15.Aufl. Berlin 1905
23.Aufl. Berlin und Leipzig 1921

- L u c a s , Hermann:
Anleitung zur strafrechtlichen Praxis.
2. Teil. 2.Aufl. Berlin 1907
- L u c a s , Hermann - E b e r m a y e r , Ludwig:
Anleitung zur strafrechtlichen Praxis.
2.Teil. 4.Aufl. Berlin 1929
- M a u r a c h , Reinhart
Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil.
Ein Lehrbuch. 4.Aufl. Karlsruhe 1964
3.Aufl. Karlsruhe 1959
(Die 3.Aufl. wird als solche ausdrücklich
zitiert.)
- M a y e r , Hellmuth:
Eigentum an Geld und strafrechtliche Konse-
quenzen. GS 104, S. 100 ff.
- M e r k e l : Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts
vom 27.4.1931 - 1 D 785/31 -.
JW 1932, S.950
- M e r k e l , R.:
Ist rechtswidriges Löschen von Tonbändern
Sachbeschädigung? NJW 1956, S.778.
- M a y e r , Hugo:
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 3.Aufl.
Erlangen 1882
- M e z g e r , Edmund - B l e i , Hermann:
Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Studienbuch.
8.Aufl. München und Berlin 1964
- M o t i v e zum revidierten Entwurf des Strafgesetzbuches
für die Preußischen Staaten. 1.Theil.
Berlin 1833
- O l l e n d o r f , Friedrich:
Die Wegnahme von Sparkassenbüchern zum
Zwecke der Erhebung von Teilbeträgen.
Strafrechtliche Abhandlungen Heft 185.
Breslau 1914
- O l s h a u s e n , Justus von
Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deut-
sche Reich. 6.Aufl. Berlin 1900.
10.Aufl., 2.Band. Berlin 1916
12.Aufl. Berlin 1942
- O p p e n h o f f , F.C.:
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
8.Aufl. Berlin 1881

- P a l a n d t: Bürgerliches Gesetzbuch. 25.Aufl.
München-Berlin 1966
- P a u l u s , Rainer:
Der Zueignungsbegriff im Strafrecht.
Dissertation Würzburg 1965
- P e t t e r s, Walter - P r e i s e n d a n z, Holger:
Strafgesetzbuch. 25.Aufl. Berlin 1965
- P o h l, Arthur:
Zueignung einer fremden Sache.
Dissertation Breslau 1925
- P r a d z y n s k i, Witold von:
Das Verhältnis von Sachbeschädigung zur
Aneignung. Dissertation Breslau 1908
- R i t t a u, Martin:
Militärstrafgesetzbuch. 3.Aufl.
Berlin 1941
- R o t e r i n g:
Ueber die Zueignung im Sinne der §§ 242,
246 des St.G.B.'s. GS 36, S.520 ff.
- R o x i n, Claus:
Geld als Objekt von Eigentums- und Vermö-
gensdelikten. In: Festschrift für Hellmuth
Mayer, S. 467 ff. Berlin 1966
- R o x i n, Claus:
Täterschaft und Tatherrschaft. Hamburg 1963
- R u d o l p h i, Hans-Joschim:
Der Begriff der Zueignung. GA 1965, S.34
- S a e r b e c k , Ludger:
Das Wesen der Zueignung.
Dissertation Erlangen 1928
- S a u e r, Wilhelm:
Der Zueignungsbegriff. GA 1917, S.284 ff.
- S a u e r, Wilhelm:
Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung
begrifflich aus?
Dissertation Halle 1908

- S c h a a r s c h m i d t , Wilhelm- B i c k e l , Hans:
Legitimationsfragen im Sparkassengeschäft.
3.Aufl. Stuttgart 1959
- S c h a f f s t e i n , Friedrich:
Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und
Unterschlagung. GS 103, S.292 ff.
- S c h a f f s t e i n , Friedrich:
Zur Abgrenzung von Diebstahl und Gebrauchs-
anmaßung insbesondere beim Kraftfahrzeug-
diebstahl. GA 1964, S.97 ff.
- S c h a u d w e t , Manfred:
Die Kraftfahrzeugentwendung in der Recht-
sprechung. JR 1965, S.413
- S c h m i d t , Eberhard:
Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärk-
ten Schutzes? In: Verhandlungen des 36.Deut-
schen Juristentages. 1.Band. S. 101 ff.
Berlin und Leipzig 1930
- S c h n e i d e r , K.:
Rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben.
ZStW Band 14, S.36 ff.
- S c h n e i d e r , W.:
Zur Strafbarkeit der Fundunterschlagung.
MDR 1956, S.337 f.
- S c h o b e r :
Wegnahme eines Dienstgegenstandes in der
Absicht, ihn auf der Kammer abzugeben.
ZWehrR. 2.Band (1937/38), S.492
- S c h ö n k e , Adolf - S c h r ö d e r , Horst:
Strafgesetzbuch. Kommentar. 12.Aufl.
München und Berlin 1965
10.Aufl. München und Berlin 1961
(Die 10.Aufl. wird als solche ausdrücklich
zitiert.)
- S c h r ö d e r , Horst:
Anmerkung zum Urteil des Bayerischen Obersten
Landesgerichts vom 12.5.1964 - 2 St 213/63 -
JR 1965, S.27 f.
- S c h r ö d e r , Horst:
Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom
17.10.1963 - I Ss 354/63 - JR 1964, S.266.

- Schröder, Horst:
Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg vom
29. 10. 1963 - Ss 110/63 -, JR 1964, S.229
- Schröder, Horst:
Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs-
und Bereicherungsabsicht, DRiZ 1956,
S. 69 ff.
- Schwarz, Otto - Dreher, Eduard:
Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München und
Berlin 1965
- Schwinge, Erich:
Militärstrafgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin
1940
- Seibert, Claus:
Unbefugter Fahrzeuggebrauch, NJW 1958,
S.1222
- Seibert, Claus:
Zur Frage des unbefugten Gebrauchs von Fahr-
zeugen, DAR 1955, S.298
- Soergel, Hs.Th. - Siebert, W.:
Bürgerliches Gesetzbuch, II. Band, Einzelne
Schuldverhältnisse, Stuttgart 1962
III. Band, Sachenrecht, Stuttgart 1960
- Staudinger, Julius von:
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
III. Band, Sachenrecht, 1. Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1956
- Stoltenberg, Ernst:
Die Strafbarkeit der Verletzung von Ge-
schäfts- und Betriebsgeheimnissen, Diss.
Köln 1932
- Temme, J.D.H.:
Die Lehre vom Diebstahl nach Preußischem
Rechte, Berlin 1840
- Wachenfeld, Friedrich:
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
München 1914
- Wachenfeld, Friedrich:
Mittelbare Täterschaft und doloses Werk-
zeug, ZStW 40, S.321 ff.
- Wackerbauer, Heinrich:
Ist "Organisieren" Diebstahl?, NZWehrR
1963, S. 21 ff.
- Wagner, Otto:
Die Verordnung gegen unbefugten Gebrauch
von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom
20. Oktober 1932 (RGBl. I, S. 496),
JR 1932, S.253

- W e l z e l , Hans:
Auf welche Bestandteile einer Strafvor-
schrift bezieht sich der Satz: nulla poena
sine lege?, JZ 1952, S. 617 f.
- W e l z e l , Hans:
Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische
Darstellung, 9. Aufl., Berlin 1965, 8. Aufl.,
Berlin 1963 (Die 8. Aufl. wird als solche
ausdrücklich zitiert)
- W e r s d ö r f e r , Rudolf:
Unbefugter Fahrzeuggebrauch und Strafantrag,
NJW 1958, S. 1031
- W e s s e l s , Johannes:
Die Entwendung von Dienstgegenständen zu
vorübergehendem Gebrauch, JZ 1965, S. 631 ff.
- W e s s e l s , Johannes:
Zueignung, Gebrauchsanmaßung und Sachentzie-
hung, NJW 1965, S. 1153 ff.
- W e s t e r m a n n , Harry:
Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Karls-
ruhe 1960
- W e s t e r m a n n , Peter:
Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom
13. 6. 1962 - 2 Ss 258/62 - , NJW 1962,
S. 2216
- W o d t k e :
Zur Wegnahme von Dienstgegenständen, GS 111,
S. 244
- W o l f , Erik:
Der Sachbegriff im Strafrecht, in: Die
Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechts-
leben, 5. Band, Berlin und Leipzig 1929,
S. 44 ff.
- W o l f f , Martin - R a i s e r , Ludwig:
Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
- Z i m m e r :
Der Zueignungsbegriff, Diss. Halle 1913
- Z i m m e r l , Leopold:
Aufbau des Strafrechtssystems, Tübingen 1930
- Z u s a m m e n s t e l l u n g der gutachtlichen Äußerun-
gen über den Vorentwurf zu einem Deutschen
Strafgesetzbuch, gefertigt im Reichs-Justiz-
amt, Berlin 1911

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

AG	= Amtsgericht
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	= Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
DAR	= Deutsches Autorecht
Diss.	= Dissertation
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
E 1962	= Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962 auch: Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962 mit Begründung, Bundesratsvorlage, Bonn 1962
GA	= Archiv für Strafrecht, begründet von Goldammer
GG	= Grundgesetz
Goldt. Mat.	= Goldammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten
GS	= Der Gerichtssaal
HannRpfl.	= Hannoversche Rechtspflege
H.H.	= v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts
JB1.	= Justizblatt
JMB1NRW	= Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LG	= Landgericht
LK	= Leipziger Kommentar
MonKrimPsych	= Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
Mot.	= Motive

NdsRpfl	= Niedersächsische Rechtspflege
Niederschr.	= Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Band 1-13, Bonn 1958 und 1959
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NZWehrR	= Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OLG	= Oberlandesgericht
OLGSt	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte Zum Straf- und Strafverfahrensrecht
RG	= Reichsgericht
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RMG	= Entscheidungen des Reichsmilitärge- richts
Rspr.	= Rechtsprechung
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchlHOLG	= Schleswig-Holsteinisches Oberlandes- gericht
StGB	= Strafgesetzbuch
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VRS	= Verkehrsrechts-Sammlung, Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft
ZWehrR	= Zeitschrift für Wehrrecht

E i n l e i t u n g

Wenige Begriffe des Besonderen Teils des Strafrechts sind während des heute fast hundertjährigen Bestehens unseres Strafgesetzbuchs im Schrifttum und in der Rechtsprechung derart umstritten gewesen wie der Zueignungsbegriff. Angesichts der bislang zu diesem Thema ergangenen, fast nicht mehr zu überschauenden Literatur mag der Versuch einer neuen Begriffsbestimmung der strafrechtlichen Zueignung überflüssig erscheinen. Jedoch hat der "Kampf um den strafrechtlichen Zueignungsbegriff" ¹⁾ heute keineswegs an Intensität eingebüßt. Vielmehr ist gerade in jüngster Zeit die Diskussion um ihn von neuem aufgelebt, veranlaßt nicht etwa durch einen vereinzelt, zum Widerspruch herausfordernden Beitrag des Schrifttums, sondern im Gegenteil durch die Praxis: In Urteilen verschiedener Obergerichte ist der Zueignungsbegriff in bedenklicher Weise formuliert und ausgeweitet worden, so daß die Reaktion des Schrifttums auf diese Entscheidungen nicht ausbleiben konnte. Sie war durchaus nicht einheitlich, sondern Zustimmung und Ablehnung waren gleichermaßen heftig. Dieser Streit führte zwangsläufig zu Versuchen, den Zueignungsbegriff neu zu bestimmen oder doch wenigstens klarer zu definieren ²⁾.

Einen solchen Versuch soll auch die vorliegende Arbeit darstellen. Zunächst soll in einem kurzen Überblick die geschichtliche Entwicklung des strafrechtlichen Zueignungsbegriffs aufgezeigt werden. Danach soll in einem zweiten Abschnitt versucht werden, eine Definition der Zueignung zu finden, die möglichst umfassend, aber auch bestimmt genug ist;

1) Sauer, GA 1917, S.284.

2) Vgl. Rudolphi, GA 1965, S. 33 ff.; Wessels, NJW 1965, S. 1153 ff.; JZ 1965, S.631 ff.; Eser, JuS 1964, S.477 ff.; Paulus, Der Zueignungsbegriff im Strafrecht.

um die Fälle der Zueignung eindeutig festzustellen, die anderen aber ebenso klar auszuschließen. Mit Hilfe dieses Zueignungsbegriffs soll dann in einem weiteren Abschnitt eine Lösung derjenigen Fallgruppen gefunden werden, deren Beurteilung durch die Rechtsprechung in jüngster Zeit die heftigen Diskussionen um den Zueignungsbegriff veranlaßt hat.

1. A B S C H N I T T

GESCHICHTLICHER ÜBERBLICK UND PROBLEMSTELLUNG

1. Die geschichtliche Entwicklung des Zueignungsbegriffs

Mit dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 erfolgte eine Zäsur in der Geschichte des deutschen Strafrechts. Die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Partikularrechte wurden abgelöst durch das neue für das ganze Deutsche Reich geltende Gesetz. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sahen sich neuen Problemen gegenübergestellt. Zumeist aber konnte man auf das Schrifttum und die Praxis zurückgreifen, die zu den Rechten der einzelnen deutschen Staaten ergangen waren.

So erschien auch der Begriff der Zueignung nicht etwa erstmals in dem Strafgesetzbuch von 1871. Vielmehr ist von "Zueignung" bzw. "sich zueignen" in den Diebstahls- oder Unterschlagungsvorschriften vieler Partikularstrafgesetzbücher die Rede ¹⁾. Darüber, was man unter der Zueignung zu verstehen habe, bestand aber auch zu dieser Zeit bereits Streit und Unklarheit. So wurde z.B. die Verwendung des Wortes "zueignen" für den Diebstahlstatbestand des preußischen Strafgesetzbuchs damit motiviert, dieses Wort sei gebraucht, "um anzudeuten, daß die Absicht eines vorüber-²⁾gehenden Gebrauchs das Verbrechen des Diebstahls ausschließt."

1) So stimmt § 215 des preuß.StGB von 1851 wörtlich mit § 242 StGB überein; vgl. auch Art. 223 des sächs.StGB von 1838, bzw. Art. 272 des sächs.StGB von 1868; Art. 209 des bayer.StGB von 1813; Art. 316 des württ.StGB von 1839.

2) Mot.1833, S.286.

Das preußische Obertribunal legte dann auch diesem neuen Begriff zunächst keine tiefere Bedeutung bei, sondern hielt die Zueignung für gleichbedeutend mit der bisher aus dem ³⁾ Allgemeinen Landrecht gewohnten "Entwendung in Gewinnsucht". Erst im Jahre 1869 gab das Obertribunal seine bis dahin geübte Rechtsprechung zumindest teilweise auf ⁴⁾ nicht zuletzt auch angesichts einer sich immer stärker verbreitenden gegen-
teiligen Literaturmeinung ⁵⁾, die das gewinnsüchtige Element im Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand durch den Begriff "Zueignung", wenn auch nicht ganz ausgeschlossen, so doch erheblich eingeschränkt wissen wollte ⁶⁾.

-
- 3) GA 1864, S.285; § 1108 II 2o ALR bestimmte nämlich:
"Wer um seines Gewinns, Vorthells und Genusses willen eine bewegliche Sache aus dem Besitze eines Andern ohne dessen Vorbewußt oder Einwilligung entwendet, der macht sich eines Diebstahls schuldig."
- 4) Entsch.d.Königl.Ober-Tribunals Bd. 62 Nr. 57.
- 5) Vgl. z.B. Goltd.Mat.,Theil II, S.466; Berner, 7.Aufl., S. 528; Köstlin, S.243 f.
- 6) Die gewinnsüchtige Absicht, die z.B. im Codex Juris Bavarici Criminalis von 1757 (T.I, Cap.2 § 1) für den Diebstahl ebenso gefordert wurde wie in der Constitutio Criminalis Theresiana (Art.94, § 1) und im Preuß.ALR (§ 1108), wurde zwar in der gemeinrechtlichen Literatur als das wesentliche Element des Diebstahls angesehen (vgl. Lilienthal, ZStW 32, S.6), im 19.Jahrhundert aber immer mehr in ihrer Bedeutung abgeschwächt; wenngleich zunächst noch der animus lucri faciendi in den Diebstahlsdefinitionen fortbestand (vgl. Feuerbach, § 319). Aus den deutschen Partikularstrafgesetzbüchern wurde der animus lucri faciendi zum Teil bereits völlig eliminiert und durch den animus rem sibi habendi ersetzt (vgl.vor allem das württ.StGB von 1839, Art. 316; vgl. auch Lilienthal,ZStW 32, S.8 ff.). Entscheidend für die Nichtaufnahme des gewinnsüchtigen Elements in das Reichsstrafgesetzbuch war aber die Entwicklung in Preußen, die dann auch zu der neuen Rechtsprechung des Obertribunals seit 1869 führte (vgl. Goltd.Mat.Theil II, S.464 f.; Koehler, S.27 f.; Paulus, S.85 ff.).

Galten nun ab 1871 reichseinheitlich die §§ 242, 246 StGB, so wurde damit keine völlig neue Diskussion über den Zueignungsbegriff entfacht, vielmehr wurden die bisherigen Definitionsversuche aus dem Bereich der Partikularrechte auf die "Reichsebene verlagert". Allerdings wurde mit dem Erscheinen des neuen Strafgesetzbuchs auch die strafrechtliche Literatur im allgemeinen umfangreicher, so daß auch der strafrechtliche Zueignungsbegriff eingehender untersucht und mannigfaltiger interpretiert wurde.

Unter Berücksichtigung gewisser Abstufungen und Nuancierungen im einzelnen kristallisierten sich bald zwei grundsätzliche, einander bekämpfende Meinungen über das Wesen der Zueignung heraus, die für die kommenden Jahrzehnte bestimmend sein und sogar bis in die Gegenwart hinein fortwirken sollten. Diese beiden entgegengesetzten Ansichten unterschieden sich insbesondere dadurch, daß die Vertreter der einen eine möglichst enge Anlehnung an den Eigentumsbegriff forderten, während die der anderen die wirtschaftlichen Momente des Zueignungsbegriffs in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen stellten. Die erstere - formale - Meinung wurde in der Folge ihres Abstellens auf die Sachsubstanz wegen "Substanztheorie", die zweite - materielle - ihrer Betonung des Sachwertes wegen "Sachwerttheorie" genannt.

a) Die Substanztheorie

Die Substanztheorie war in den letzten Jahrzehnten des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts die durchaus herrschende Meinung. Ausgehend vom Wort "zueignen", wie es sowohl in § 242 als auch in § 246 StGB erscheint, und dem jeweiligen Bezugsobjekt, nämlich der "fremden beweglichen Sache", knüpfte sie an den bestehenden Begriff des Eigentums an, wie er im Zivilrecht üblich war, wobei allerdings von Anfang an Klarheit darüber bestand, daß durch Zueignung der Sache im Sinne der §§ 242, 246 StGB nicht etwa Eigentum im Rechtssinne erworben werden konnte. Um sich die Sache

zuzueignen, mußte der Täter vielmehr " ein Verhältnis zur Sache schaffen, welchem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentumsverhältnis zu sein" ⁷⁾ oder " den Eigentumsinhalt ausüben" ⁸⁾ oder schließlich an der fremden Sache " den Gesamtinhalt derjenigen Befugnisse ausüben, welche der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts ausübt" ⁹⁾. So und ähnlich ¹⁰⁾ lauten die Definitionen der Zueignung nach der Substanztheorie. Ihnen allen gemein ist das Abstellen auf die tatsächliche, eigentumsgleiche Herrschaft über die Substanz der fremden Sache; ebenso gemein ist ihnen andererseits aber die Ablehnung jedes materiellen Moments im Zueignungsbegriff. Auch das Reichsgericht vertrat in seinen frühen Entscheidungen einen rein formellen Standpunkt. So wurde die Zueignungsabsicht unter anderem als Absicht definiert, " sich zum Eigentümer zu machen" ¹¹⁾ oder eine Verfügung über die Sache zu treffen, " welche ihrer Art nach als zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörig angesehen werden müsse" ¹²⁾. Bezeichnenderweise handelte es sich in den meisten vom Reichsgericht entschiedenen Fällen dabei um die Entwendung von Sparkassenbüchern ¹³⁾ zwecks Abhebung der Einlagen und anschließender Rückführung der Bücher in den Besitz der bisherigen Inhaber, bzw. um Entwendung von Marken ¹⁴⁾ zwecks Einlösung der darauf erhältlichen Güter oder aber um Wegnahme

7) Binding, S.267 f.; Lobe in LK, 1. Aufl., § 242, Anm. II B 1; dagegen Sauer, GA 1917, S.286: "Hier ist zwar genau gesagt, was fehlt, aber nicht, was vorhanden sein muß".

8) v. Liszt, 14. u. 15. Aufl., S.431.

9) v. Olshausen, 6. Aufl., § 242, Anm. 28.

10) Vgl. u. a. Merkel, H.H. Bd. 3, S.698 ff.; Roterberg, GS 36, S. 527; Meyer, S.520; Finger, S.213 ff.; Lucas, S.328; Wachenfeld, S.374; Gerland, S.449 f.

11) RGSt 2/22, 27.

12) RGSt 29/415, 417; ähnlich RGSt 11/17, 18; 24/22, 23; 35/355, 356.

13) RGSt 10/369; 22/2; 26/151; 29/415; 39/239.

14) RGSt 24/22; 40/10.

von Gegenständen und ihre anschließende Zerstörung ¹⁵⁾. Die Behandlung gerade dieser Fälle durch die Vertreter der Substanztheorie forderte nämlich den Widerspruch ihrer Gegner in besonderem Maße heraus.

War man sich bei den "Formalisten" auch im wesentlichen darüber einig, daß eine Vernichtung der fremden Sache nicht ihre Zueignung bedeuten konnte, so fiel es doch schwer, die Sachzerstörung aus dem Zueignungsbegriff auszuklammern. Warum sollte nicht auch die Ausübung des Eigentumsinhaltes oder des Gesamteinhalts der Befugnisse des Eigentümers sein? Der Einwand BINDINGS, " das Recht des Eigentümers, seine Sache zu vernichten, existiere in unklaren Köpfen", vielmehr sei die Zerstörung "nicht erlaubte Eigentumsausübung, sondern unverbote Eigentumsvernichtung" ¹⁶⁾, erfuhr seiner Ungenauigkeit und Unrichtigkeit wegen in der Folge heftige Kritik ¹⁷⁾. Konsequenter führte eigentlich nur OLSHAUSEN ¹⁸⁾ die Substanztheorie hier zu dem Ergebnis, daß die Sachvernichtung eben auch Zueignung sei. Dagegen verneinte das Reichsgericht in zwei Fällen die Zueignung, wo Sachen in der Absicht weggenommen wurden, sie sofort zu zerstören ¹⁹⁾: Zwar verfüge auch derjenige, der eine Sache zerstört, über sie so, wie es nur der Eigentümer dürfe, jedoch bringe er die Sache nicht in sein Vermögen und eigne sie sich daher auch nicht zu.

Obwohl der vorübergehende Gebrauch einer fremden Sache auch zu den Befugnissen gehört, welche der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts ausübt, bestand bei den Vertretern

15) RGSt 11/239; 35/355.

16) Binding, S.268.

17) Vgl. z.B. Saerbeck, S.9; Krebs, S.20; Feldscher, S.5; Pohl, S.16; Sauer, Schließen sich, S.16, der u.a. darauf hinweist, daß eine Eigentumsvernichtung meist nicht gegeben sein werde, da sich das Eigentum an der zerstörten Sache fortsetze. Es handele sich eben nur um eine Sachvernichtung.

18) 6. und 10. Aufl., § 242, Anm.30 c (anders allerdings die 12. Auflage).

19) RGSt 11/239; 35/355.

der Substanztheorie im allgemeinen doch Einigkeit darüber, daß das *furtum usus* keine Zueignung sei. Wie aber der Gebrauch eines fremden Sparbuchs bzw. fremder Marken zum Zwecke der Abhebung oder Einlösung einzustufen sei, darüber waren sich die "Formalisten" uneinig. Da das Sparkassenbuch dem Eigentümer nach Abhebung der Spareinlage in seiner Substanz völlig erhalten bleibt und lediglich um einen Abhebungsvermerk bereichert ist, sahen die einen ²⁰⁾ hier den typischen Fall des *furtum usus*, lehnten also eine Zueignung des Sparkassenbuchs ab. Die anderen ²¹⁾ bejahten die Zueignung zumeist in Anlehnung an die frühen Entscheidungen des Reichsgerichts, das in der Abhebung der Spareinlage die Zueignung der Substanz des Sparbuchs erblickte, weil dadurch eine Verfügung über das Buch getroffen würde, welche in die ausschließliche Zuständigkeit des Eigentümers falle ²²⁾.

Einig war man sich aber wiederum in der Ablehnung irgendeines Wertfaktors innerhalb des Zueignungsbegriffs, obwohl es demjenigen, der ein Sparkassenbuch wegnimmt, doch gerade auf die Spareinlage, also den Wert des Buches, nicht aber auf seine Substanz ankommt. Denn Zueignungsobjekt konnte nach der streng formalen, an dem Wortlaut des Gesetzes orientierten Substanztheorie nur die Sache als Körper oder Stoff - eben als Substanz - sein, losgelöst von ihrer eigentlichen Funktion oder ihren weiteren Eigenschaften ²³⁾.

b) Die Sachwerttheorie

Insbesondere diese praktischen Mängel der Substanztheorie forderten zum Widerspruch heraus und führten zur Aufstellung der Sachwerttheorie, die zwar zunächst eine Mindermeinung

20) Binding, S. 265; v. Liszt, 14. u. 15. Aufl., S. 431; Olshausen, 6. Aufl., § 242, Anm. 29; Lucas, S. 332; Lobe in LK, 1. Aufl., § 242, Anm. II B 1.

21) Oppenhoff, § 242, Anm. 41; Höltzenbein, S. 12 ff.

22) RGSt 10/369; 22/2; 26/151; 29/415; 39/239; 43/17.

23) Vgl. Gerland, S. 450; Feldscher, S. 17.

blieb, in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts aber einen steilen Aufstieg erlebte. Auch die Vertreter der Sachwerttheorie gingen zunächst vom Zueignungsobjekt, nämlich der Sache aus, stellten bei ihr jedoch nicht auf die Substanz ab, sondern betrachteten die Sache als Wertobjekt. Sie legten im Gegensatz zur Substanztheorie den Nachdruck folglich nicht auf die tatsächliche Beherrschung der körperlichen Sache, sondern rückten bei der Bestimmung des Zueignungsbegriffs die auf die Verwertung der Sache gerichtete Handlung in den Vordergrund. So definierte FRANK, einer der ersten Vertreter dieser materiellen Theorie, die Zueignung als die "Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach in der Absicht, andere davon auszuschließen" ²⁴⁾.

SAUER verstand unter der Zueignung "die erste, vom Täter zwecks Verwertung für sich (unter Entwertung oder Wertminderung für den Berechtigten) über die Sache vorgenommene Verfügung" ²⁵⁾. Andere wiederum betonten die Einverleibung der Sache in das eigene Vermögen ²⁶⁾ oder sahen in der Zueignung den den Berechtigten ausschließenden Genuß der Sache ²⁷⁾. Gemein war allen diesen Formulierungen die Hervorhebung wirtschaftlicher Gesichtspunkte und das Abstellen auf das Zueignungsobjekt "Sache" in ihrer Eigenschaft als Wertgegenstand und ihrer Funktion als Mittel zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse.

Das Reichsgericht, das zunächst - wie oben gesagt - der Substanztheorie folgte, vollzog eine grundsätzliche Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung mit der Entscheidung vom 19. Februar 1907 (RGSt 40/10) ²⁸⁾. Unter der Absicht

24) § 242, Anm. VII 2a.

25) Schließen sich S. 73 f.; GA 1917, S. 288; ähnlich auch Zimmer, S. 108.

26) Krebs, S. 25, 88; Harburger, S. 210 f.

27) Gleispach, S. 17.

28) Auch bei dieser Entscheidung handelte es sich typischerweise um einen "Marken"-Fall, nämlich um die Verwertung von Biermarken. Das Reichsgericht sah es als wesentlich an, daß der Täter die Marken ihrem Sachwerte nach für sich ausnutzen wollte.

rechtswidriger Zueignung, wie sie § 242 StGB verlangt, verstand das Reichsgericht nunmehr die Absicht, "eine bewegliche Sache wirtschaftlich in ein dem Inhalte dieser rechtlichen Beziehungen entsprechendes Verhältnis zu bringen, d.h. ihrem Sach(Substanz-)werte nach dem eigenen Vermögen tatsächlich zuzuführen". Diese neugewonnene Ansicht bekräftigte das Reichsgericht in den folgenden zwanzig Jahren durch weitere Entscheidungen ²⁹⁾, obwohl zuweilen auch noch Elemente der Substanztheorie zur Begründung herangezogen wurden ³⁰⁾. Überhaupt bemühte sich das Reichsgericht, keinen extremen Standpunkt bei der Bestimmung und Anwendung des Zueignungsbegriffs einzunehmen, ebenso wie es ehemals die Substanztheorie nicht konsequent befolgte, sondern stets vom Ergebnis her die angemessene Entscheidung suchte. So folgte das Reichsgericht der Sachwerttheorie auch nicht dahin, wertlose Sachen als untaugliche Zueignungsobjekte anzusehen ³¹⁾, ganz im Gegensatz zu SAUER ³²⁾, der wertlose Sachen konsequenterweise nicht für taugliche Objekte des Diebstahls und der Unterschlagung hielt. Wertlos waren dabei für SAUER und die wohl meisten Vertreter der Sachwerttheorie aber nicht alle objektiv wertlosen Sachen, sondern nur diejenigen, denen auch kein

29) RGSt 47/147; 49/405; 50/254; 51/97; 57/199.

30) Vgl. RGSt 43/17; 47/324; 55/59.

31) RGSt. 44/208, 209.

32) GA 1917, S.286.

subjektiver Wert - Affektionswert - zukam 33).

Besonders an dieser Stelle setzte begreiflicherweise die Kritik an der Sachwerttheorie ein; denn weder § 242 noch § 246 StGB fordert eine Sache von Wert, vielmehr ist lediglich von einer Sache schlechthin die Rede. Folglich - so wandte man ein - müsse auch eine wertlose Sache Zueignungsobjekt sein können. Darüber hinaus machten die Gegner der Sachwerttheorie geltend, bei Zugrundelegung des objektiven Wertes, also des Geldwerts der Sache, sei mit der Zueignung stets eine Bereicherung des Täters verbunden. Die Zueignungsdelikte seien ihrem Wesen nach aber gerade nicht Bereicherungsdelikte; das Abstellen auf den subjektiven Wert

33) Innerhalb der Sachwerttheorie konnte man eine ältere Meinung, die in der Zueignung ausschließlich die Ausnutzung des objektiven wirtschaftlichen Wertes bzw. des Geldwertes sah, und die wohl überwiegende Meinung unterscheiden, die den Sachwert subjektiv bestimmte.

Vertreter der objektiven Theorie waren insbesondere Doerr (Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, S.15 ff.) und John, ZStW 1, S.266. Nach ihrer Ansicht mußte die Zueignungsabsicht auf die rechtswidrige Bereicherung auf fremde Kosten und " auf die Vermehrung des wirtschaftlichen Vermögens gerichtet sein" (Doerr, aaO., S.152).

Anhänger der subjektiven Theorie waren vor allem Sauer, Zimmer, Harburger und Frank; insbesondere Sauer bemühte sich dabei, den subjektiven Wert einer Sache gensuer zu bestimmen. In diesem Zusammenhang stellte er die Voraussetzungen in fünf Punkten zusammen, die in der folgenden Zeit zum Teil heftig diskutiert und kritisiert wurden. (Schließen sich ..., S.47):

1. Der Eigentümer muß ein entsprechendes Bedürfnis empfinden.
2. Die Sache muß objektiv die Fähigkeit besitzen, dieses Bedürfnis zu befriedigen.
3. Der Eigentümer muß diese Fähigkeit erkennen,
4. dieselbe auszunutzen verstehen
5. und sich zu der Sache in einer gewissen räumlichen Beziehung befinden.

entkräfte zwar zum Teil diesen Einwand, da hier auch ein nicht geldwerter Affektionswert in Betracht komme. Jedoch stehe man hier vor der Schwierigkeit, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen von dem subjektiven Wert einer Sache gesprochen werden könne; hier seien "die Grenzen flüssig, da man es mit der menschlichen Psyche zu tun habe und weniger an objektive Tatsachen gebunden sei" 34).

c) Enteignung - Aneignung

Das Moment des Dauernden

Unabhängig vom Theorienstreit versuchte man schon früh, das Wesen der Zueignung dadurch näher zu bestimmen, daß man sie als einen komplexen Begriff ansah, den es in seine Elemente zu zerlegen galt. Hierbei bot sich - ausgehend von den am Zueignungsakt beteiligten Personen - eine Zweiteilung des Zueignungsbegriffs an: Einmal mußte der durch die Zueignung betroffene Eigentümer berücksichtigt werden, zum anderen aber war auf die Situation des Sich-Zueignenden abzustellen. Dem Wesen der Zueignung entsprach es demnach, daß durch sie der Eigentümer von der Ausübung seiner Eigentumsbefugnisse über die betreffende Sache bzw. von der Ausnutzung des Sachwerts ausgeschlossen wurde und daß der Täter nunmehr die Sache bzw. deren Wert seinem Vermögen zuführte.

Die Unterscheidung eines solchen "negativen" Elements auf Seiten des Eigentümers und "positiven" Elements auf Seiten des unrechtmäßig Erwerbenden traf zuerst wohl MERKEL 35); am schärfsten trennte jedoch BINDING diese beiden Elemente, indem er die Zueignung in Enteignung und Aneignung geradezu zerlegte 36). BINDING war es auch, der erstmals auf ein

34) Vgl. Feldscher, S.36.

35) H.H., S.698, vgl. auch S.648.

36) S.264 ff.

Dauer-Moment als wesentliches Merkmal der Zueignung abstellte, und zwar in der Weise, daß die Enteignung stets als dauernde gewollt sein müsse, die Aneignung aber auch nur als vorübergehende beabsichtigt sein könne. Das war indes die notwendige Folge, wenn man - wie die Vertreter der Substanztheorie - unter der Zueignung die Ausübung der Eigentumsbefugnisse verstand, andererseits aber die germanisch-deutschrechtliche Entwicklung ³⁷⁾ der Zueignungsdelikte eine Ausklammerung des *furtum usus* aus dem Zueignungsbegriff erforderte. Denn wer eine fremde Sache in der Absicht wegnimmt, sie nach Gebrauch dem Eigentümer wieder zurückzugeben, will zwar während des Gebrauchs die Herrschaftsbefugnisse über die Sache allein ausüben, will aber gerade nicht den Eigentümer auf Dauer von der Sachherrschaft ausschließen, ihn also nicht dauernd enteignen: Er eignet sich daher die Sache nicht zu, begeht folglich auch keinen Diebstahl, sondern lediglich ein strafloses *furtum usus*.

Die Aufspaltung des Zueignungsbegriffs in seine beiden Elemente wurde ebenso wie das Moment des Dauernden von Wissenschaft und Rechtsprechung in der Folgezeit nicht immer einheitlich behandelt. Zum großen Teil folgte man BINDING, indem man seine Zweiteilung entweder wörtlich übernahm ³⁸⁾ oder sie doch in der Definition des Zueignungsbegriffs anklingen ließ. Dabei ist bemerkenswert, daß in besonderem Maße die Gegner der von BINDING vertretenen Substanztheorie auf die Bedeutung des positiven und negativen Elements innerhalb des Zueignungsbegriffs hinwiesen ³⁹⁾. So bezog

37) Vgl. Temme, S.112 m.w.Nachw. Der Begriff "*furtum usus*" war im römischen Recht zwar unbekannt, doch schloß das *furtum* den Gebrauchsdiebstahl ein: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.*" Dagegen kannten die Germanen das *furtum usus* als Diebstahl nicht (Temme, S.11).

38) Vgl. v.Liszt, 14.u.15.Aufl., S.431.

39) Vgl. u.a. Sauer, GA 1917, S. 296; Schaffstein, GS 103, S.293, 310.

FRANK als Vertreter der Sachwerttheorie ausdrücklich die Unterscheidung BINDINGS zwischen Enteignung und Aneignung auf den Sachwert und sah das Wesen der Zueignung nunmehr in der " Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach, in der Absicht, andere davon auszuschließen" ⁴⁰⁾.

Auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts war schon früh eine gewisse Zweiteilung des Zueignungsbegriffs zu bemerken ⁴¹⁾. Schwankend war das Reichsgericht jedoch in seiner Stellung zum Moment des Dauernden. Man kann insoweit nicht einmal eine zeitliche Entwicklung auf eine Befürwortung oder Ablehnung dieses Moments hin beobachten. Vielmehr wechselte das Reichsgericht seine Ansicht von Fall zu Fall, je nach dem, wie es das ihm billig erscheinende Ergebnis erforderte. So entschied das Reichsgericht in RGSt 57/199, "es komme für die Annahme der Zueignungsabsicht nicht darauf an, daß der Dieb den Willen habe, die Sache dauernd dem Eigentümer zu entziehen und sie dauernd für sich zu behalten," um dann in RGSt 64/259 wiederum, wie zuvor in RGSt 50/254 zu sagen, "die Absicht des Diebes gehe dahin, den Sachwert des zu entwendenden Gegenstandes dem Vermögen des Berechtigten dauernd zu entziehen" ⁴²⁾. Die Entscheidungen, die auf das Moment des Dauernden verzichteten, erfuhren dann auch zum Teil heftige Kritik. Man warf dem Reichsgericht vor, die wichtigste Schranke niedergerissen zu haben, die den Zueignungsbegriff begrenzen sollte, und ferner eines der wesentlichsten Momente des Zueignungsbegriffs selbst preisgegeben zu haben. ⁴³⁾

40) Frank, § 242, Anm.VII 2 a).

41) Vgl. RGSt 10/369.

42) Das Dauermoment wurde vom RG bejaht in: RGSt 11/17; 47/147; 50/254; 64/259; dagegen verneint in: RGSt 10/369; 49/405; 57/199; ZWehrR 1936/37, S.318.

43) Gleispach, S.33 f.

d) Die weitere Entwicklung des
Zueignungsbegriffs bis zur Gegenwart

Das Reichsgericht sollte indes für die weitere Entwicklung des Zueignungsbegriffs sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre richtungweisend werden. Waren seine Entscheidungen bisher von den Vertretern der formalen Zueignungstheorie ebenso angefochten worden wie zuvor von den Anhängern der materiellen Auffassung, so konnte es nicht verwundern, daß das Reichsgericht nunmehr von sich aus neue Wege suchte, eine annehmbare Definition des Zueignungsbegriffs zu finden und dem Theorienstreit möglichst zu entgehen. Von diesem Standpunkt aus bot sich die naheliegende Lösung an, beide Theorien irgendwie zu kombinieren. Mit seiner Entscheidung vom 7. März 1927 (RGSt 61/228) stellte das Reichsgericht dann beide Theorien einander gewissermaßen gleich, indem es das Wesen der Zueignung darin erblickte, " daß die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird". Diese Definition übte auf die Rechtsprechung der nachfolgenden Zeit bis zum heutigen Tage eine fast magische Anziehungskraft aus. Immer wieder stellte man bei Urteilen, die sich mit dem Problem der Zueignung befaßten, diesen in Anbetracht der historischen Umstrittenheit und tiefen Problematik des Zueignungsbegriffs doch einfach anmutenden Satz den Erörterungen voran ⁴⁴⁾.

Auch in der Literatur fand diese neue vom Reichsgericht geprägte Definition der Zueignung Eingang, wenngleich man

44) Vgl. RGSt 61/228; 67/334; BGHSt 4/238; BGH NJW 1953, S. 1880; GA 1953, S. 84; GA 1954, S. 60; OLG Braunschweig, NdsRpfl. 1950, S. 94; SchlHOLG, SchlHA. 1953, S. 216; OLG Bremen, MDR 1948, S. 261; BayObLG in NJW 1961, S. 281; GA 1958, S. 370; OLG Celle, NdsRpfl. 1964, S. 72, 231; OLG Hamm, JMB1NRW 1962, S. 110.

sich hier überwiegend bemühte, die Sachwerttheorie und die Substanztheorie in subtilerer Weise zu kombinieren oder aber unter Ablehnung einer Kombination weiterhin die Alleingültigkeit einer der beiden Theorien zu verfechten ⁴⁵⁾.

Parallel zur Entwicklung in der Rechtsprechung bemühte sich vor allem SCHAFFSTEIN erstmals um eine anderweitige Bestimmung des Zueignungsbegriffs ⁴⁶⁾. Da nach seiner Ansicht die beiden bestehenden Theorien diesen zu sehr einengten - die materielle Meinung, indem sie bei wertlosen Sachen die Möglichkeit der Zueignung verneinte, die formale Auffassung, indem sie in gewissen strafwürdigen Fällen eine Zueignung wegen mangelnder Dauer der Entziehung der Sachsubstanz ablehnte -, versuchte auch er, dieses Problem durch eine Vereinigung beider Theorien zu lösen. Im Gegensatz zur Formulierung des Zueignungsbegriffs durch die Rechtsprechung betonte er ausdrücklich das Dauer-Moment und bestimmte die Zueignung danach als die "Ausübung der Eigentümerbefugnisse über eine Sache oder die Ausnutzung des Wertes, wenn sie erfolgen unter gleichzeitigem dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Sachsubstanz oder dem Sachwert" ⁴⁷⁾.

Andere zwischen den beiden Theorien vermittelnde Vertreter der neueren Rechtslehre wiederum ergänzten die nach ihrer Ansicht im Grunde richtige Substanztheorie durch die Sachwerttheorie in den Fällen, in denen der Täter ohne Substanzverlust nur den von der Sache verkörperten Wert seinem

45) Wörtlich mit der Rechtsprechung stimmen überein: Schönke/Schröder, § 242, Anm.45; Schwarz-Dreher, § 242, Anm. 3 A; Dalcke, § 242, Anm.7; Mezger-Blei, S.122; weiterhin an der Substanztheorie halten fest: Welzel, S. 303; neuerdings auch Maurech, S.198 ff. (anders noch die 3.Aufl.); ebenso blieb Frank, § 242, Anm.VII 2 a) Anhänger der Sachwerttheorie.

46) GS 103, S.292 ff.

47) GS 103, S. 310; ähnlich auch Feldscher, S.45.

Vermögen zuführen will, hoben aber besonders hervor, daß es sich hierbei nur um ein "ergänzendes Prinzip" handeln dürfe⁴⁸⁾. Eine weitere Meinung hielt es schließlich für erforderlich, den Zueignungsbegriff auf die Formel "se ut dominum gerere" zurückzuführen, da keine der beiden bestehenden Zueignungstheorien für sich allein den Begriff der Zueignung hinreichend erfasse⁴⁹⁾. Diese Formel hatte allerdings bereits v.LISZT - ein Anhänger der formalen Theorie also - um die Jahrhundertwende als Voraussetzung der Zueignung aufgestellt.⁵⁰⁾

Wurde somit die vom Reichsgericht erstmals vertretene "Kombinationstheorie" insbesondere nach dem 2. Weltkrieg zur herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung, so trat gleichzeitig die von BINDING betonte Zweiteilung des Zueignungsbegriffs immer mehr in den Hintergrund. Das mochte zum Teil damit zu erklären sein, daß man unter dem Begriff "einverleiben" eine intensive Einfügung der fremden Sache bzw. des Sachwerts in das Vermögen des Täters verstand, die auf seiten des Geschädigten einer Enteignung im überkommenen Sinne gleichkam. Indes fehlte es in der Literatur aber auch nicht an Stimmen, die vor einer Verwischung der von BINDING geprägten Differenzierung warnten⁵¹⁾. Demgegenüber wurde das Moment des Dauernden als Abgrenzungskriterium der Zueignung vom bloßen unbefugten Gebrauch in der Literatur nahezu Allgemeingut und findet heute in fast allen Lehrbüchern und Kommentaren seinen Ausdruck darin, daß die Zueignung "auf

48) Maurach, 3. Aufl., S. 189 f.; Jagusch, LK, Bem. D vor § 242 (praktisch nur für die Fälle der Inhaber- und Legitimationspapiere).

49) Kohlrausch-Lange, § 242, Anm. III 2 b); Welzel, S. 303.

50) v. Liszt, 14. u. 15. Aufl., S. 431.

51) z.B. Schaffstein, GS 103, S. 293; Kohlrausch-Lange, § 242, Anm. III 2 b). Vgl. auch Schröder, JR 1964, S. 266.

den dauernden Ausschluß des Berechtigten gerichtet sein müsse" 52). Auch in der Rechtsprechung wurde nach den überaus uneinheitlichen Entscheidungen des Reichsgerichts nunmehr in der Behandlung des Dauer-Moments eine klare Linie erkennbar, wenngleich man überwiegend den Begriff "Dauer" vermied und regelmäßig vom Ausschluß oder von der Ausschaltung des Berechtigten sprach 53). Besonders aktuell wurde das Dauer-Moment vor allem wieder in den letzten zehn Jahren angesichts der steil ansteigenden Zahl der Fahrzeug-Entwendungen. Diese waren bereits durch die Verordnung vom 20. Oktober 1932 54) auch für den Fall unter Strafe gestellt worden, daß der Täter die jeweiligen Eigentümer nicht auf Dauer von den Fahrzeugen ausschliessen wollte: Das an sich straflose furtum usus wurde hier ausnahmsweise zu einem - wenn auch mit geringerer Strafe als der Diebstahl bedrohten - selbständigen Vergehen, das Dauermoment somit zu einem Abgrenzungskriterium des Diebstahls von der strafbaren Gebrauchsentwendung gemäß § 248 b StGB.

52) Vgl. u.a. Maurach, 3. Aufl., S. 188; Jagusch, LK, Bem. D IV 1 vor § 242; Schönke/Schröder, § 242, Anm. 51; Petters/Preisendanz, § 242, Anm. VI 2; Kohlrausch/Lange, § 242, Anm. III 2; Welzel, S. 303.

53) Vgl. BGHSt 1/264; 14/43; OLG Köln, JMB1NRW 1962, S. 175; OLG Hamm, JMB1NRW 1960, S. 231. Der Begriff "Dauer" wird dagegen ausdrücklich verwandt vom OLG Celle, NdsRpfl. 1964, S. 72, und vom SchlHOLG, SchlHA 1953, S. 217. Entgegen der h.M. und daher unter unrichtiger Bezugnahme auf sie gehört nach Ansicht des LG Aachen, JMB1NRW 1963, S. 231, zum Begriff der Zueignung keineswegs der Wille, dem Eigentümer die Sache dauernd zu entziehen.

54) Durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 als § 248b in das Strafgesetzbuch eingefügt.

2. Problemstellung

Betrachtet man die geschichtliche Entwicklung des Zueignungsbegriffs und blickt insbesondere auf den Streit zwischen den beiden Zueignungstheorien zurück, so mag die heute herrschende Begriffsbestimmung der Zueignung als eine Konsolidierung der bisherigen Situation und auch als eine vernünftige Lösung dieses Problems erscheinen. Sind doch die Nachteile und Schwächen, die die Vertreter der einen Theorie der anderen vorwarfen, durch die Kombination beider Theorien zu einem einheitlichen Zueignungsbegriff diesem nicht mehr anzulasten. Die von der Substanztheorie bzw. der Sachwerttheorie allein nicht erfaßbaren strafwürdigen Fälle ¹⁾ sind unter den neuen Begriff ohne weiteres zu subsumieren, da sich nunmehr derjenige eine Sache zueignet, der sie selbst oder doch den in ihr verkörperten Sachwert seinem Vermögen einverleibt.

Ist der herrschenden "Kombinationstheorie" zuzugeben, daß sie unter Vermeidung des Theorienstreites vor allem in der Praxis relativ leicht zu handhaben ist, so ergeben sich aber gegen ihre Richtigkeit doch Bedenken. Durch die Verbindung der beiden überkommenen Zueignungstheorien werden nämlich sowohl die Substanztheorie als auch die Sachwerttheorie als richtig angesehen: Auf den jeweiligen Fall soll gerade diejenige Theorie angewendet werden, nach welcher er sich besser beurteilen läßt, welche folglich zu ihm am besten "paßt". Insbesondere in der Praxis wird nicht etwa einer Theorie (z.B. der Substanztheorie) der Vorrang eingeräumt und die andere (z.B. die Sachwerttheorie) nur als Ergänzung der ersteren in bestimmten Fällen angesehen. Vielmehr stehen

1) Vgl. z.B. die Zueignung wertloser Sachen bzw. die Zueignung von Sparbüchern durch Abheben der Einlage.

beide Theorien gleichrangig nebeneinander ²⁾. Deshalb heißt die "Kombinationstheorie" bejahen zugleich auch die Substanz- und die Sachwerttheorie grundsätzlich für richtig halten. Jene ist folglich diesen gegenüber keine echte Alternative, vielmehr nur ein Kompromiß zwischen beiden, ein Kompromiß allerdings, der beide Theorien in ihrem Wesen unangetastet läßt und lediglich jeder von ihnen die Alleingültigkeit abspricht.

Freilich würde die Kombinationstheorie dann, wenn man ihre Sachwert-Komponente nach der ursprünglich strengen Auffassung vom Sachwert bemessen würde, im Grunde doch nur einer modifizierten Substanztheorie gleichkommen. Denn dann könnte die Sachwerttheorie nur als ein "ergänzendes Prinzip" der Substanzlehre in den Fällen herangezogen werden, in denen eine Sache tatsächlich einen Sachwert verkörpert und nach Entzug dieses Wertes selbst weniger wert, sozusagen ihres Inhalts entleert wird, so daß für den Eigentümer nur noch eine wertlose Hülse übrigbleibt ³⁾. Damit aber würde die Sachwerttheorie als Teil der "Kombinationstheorie" praktisch nur in bestimmten Fällen der Wertpapier-Zueignung, insbesondere also bei Inhaberpapieren (z.B. Biermarken) und gewissen Legitimationspapieren (Sparkassenbüchern) als Zueignungsobjekten, Anwendung finden können; denn nur in diesen Fällen büßt die Sache durch den Zueignungsakt (voll oder teilweise) den in ihr verkörpertten Wert ein.

Wollte man die "Kombinationstheorie" auf diese Weise interpretieren, so wäre die Substanztheorie ihre durchaus herrschende Komponente: Der Zueignungsbegriff würde sich -abgesehen von den oben genannten, relativ seltenen Fällen-

2) Vgl. BGH NJW 1953, S.1880; 1954, S.1295; BayObLG, GA 1958, S.370; BayObLGst 1960, S.189; OLGst § 242.

3) Vgl. Feser, JuS 1964, S.480.

grundsätzlich an formalen Kriterien orientieren, und zwar würde das Eigentum, losgelöst von seiner wirtschaftlichen Bedeutung, nur in seiner rechtlichen Zuordnung zum Berechtigten gesehen, der über die Sache die tatsächliche Herrschaft ausübt, welche ihm eben nur durch eine auf Dauer gerichtete Ausschließung von der Sache ihrer Substanz nach entzogen werden kann. Diese formale Betrachtungsweise engt aber den Zueignungsbegriff zu sehr ein: Man denke nur an die Fälle, in denen dem Eigentümer die weggenommene Sache in ihrem ursprünglichen Zustand und ihrem Wert völlig unangetastet etwa auf Grund eines neuen Kausalgeschäfts wieder übergeben wird. Keineswegs wird hier dem Eigentümer die Sachherrschaft auf Dauer entzogen, vielmehr erlangt er diese sogleich wieder. Dennoch erscheint es fraglich, ob deshalb eine Zueignung in diesen Fällen stets abzulehnen ist.

Die vom Standpunkt der herrschenden "Kombinationstheorie" aus argumentierende Rechtsprechung bejaht hier stets eine Zueignung, allerdings unter Berufung auf die Sachwert-Komponente. Freilich wird dabei der ursprünglich strengen Auffassung vom Sachwert einer Sache nicht mehr gefolgt. Das Reichsgericht ⁴⁾ begründete z.B. die Zueignung in dem Falle, daß der Täter dem Eigentümer eine Sache wegnahm, um sie ihm anschließend wieder zu verkaufen, damit, daß der Täter die Sache ihrem Sachwerte nach für sich ausnutzen und in diesem Sinne zu seinem eigenen Vorteil verwerten wollte. Der Eigentümer erhielt aber doch seine Sache zurück, ohne daß der in ihr verkörperte Wert irgendwie geschmälert worden wäre! Noch deutlicher wird dies in einem vom Reichsmilitärgericht entschiedenen Fall ⁵⁾, in dem der Täter eine Schuld mit dem Geld des Gläubigers an diesen bezahlte. Hier sollte die Sachwertentziehung in der Ausnutzung des Geldes als

4) RGSt 57/199.

5) RMG 22/132.

Zahlungsmittel gesehen werden. Selbstverständlich hatte aber das Geld vor und nach der Zahlung denselben Wert! Bereits hier wird deutlich, daß durch die weite Auslegung des Sachwertbegriffs die Grenzen der Zueignung zur bloßen Verschiebung von Vermögenswerten flüssig werden. In neueren und neuesten Entscheidungen der Rechtsprechung verstärkt sich diese schon zur Zeit des Reichsgerichts bestehende Tendenz noch erheblich. So soll es für die Zueignung genügen, daß der Täter mit Hilfe der Sache einen Vorteil im weitesten Sinne erlangt oder - wie im Ergebnis das Oberlandesgericht Frankfurt in dem bekannten "Dienst - mützenfall" ⁶⁾ entschieden hat - daß als Sachwert auch der "Wert einer Sache als Täuschungsmittel" ⁷⁾ anzusehen sei.

Nicht zuletzt dieser immer stärker ausufernde Sachwertbegriff hat in jüngster Zeit im Schrifttum, selbst in den Reihen der Vertreter der "Kombinationstheorie" ⁸⁾, Widerspruch und Bedenken gegen die herrschende Meinung hervorgerufen. Entscheidend soll danach gegen die "Kombinationstheorie" sprechen, daß durch den weiten Anwendungsbereich der Sachwerttheorie die Zueignungsdelikte in reine Bereicherungsdelikte umgedeutet würden ⁹⁾. Daß diese Kritik nicht unberechtigt ist, zeigen die angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung. Ob der Zueignungsbegriff aber in dieser Weise vom Eigentumsbegriff losgelöst werden darf, wird nicht zuletzt Gegenstand der folgenden Erörterung sein müssen.

6) NJW 1962, S.1879; vgl. auch OLG Hamm, NJW 1964, S.1427; OLG Celle, NdsRpfl. 1964, S.230.

7) Vgl. Eser, JuS 1964, S.481.

8) Vgl. vor allem Maurach, der in der 3.Auflage seines Lehrbuchs noch die "Kombinationstheorie" vertrat, in der 4.Auflage, S.201 sich aber wieder der Substanztheorie zuwandte.

9) Vgl. Maurach, S.201.

Freilich könnte man einwenden, der aufgezeigten Gefahr bei der Anwendung der "Kombinationstheorie" könne dadurch begegnet werden, daß man den Sachwertbegriff eindeutig bestimme, einer völlig neuen Definition des Zueignungsbegriffs bedürfe es dagegen nicht. Demgegenüber ist aber zu bemerken, daß es äußerst schwierig wäre, den Sachwert einer Sache zu bestimmen, ohne ihn lediglich als den in einer Sache verkörperten Wert anzusehen, der der Sache durch den Zueignungsakt völlig oder doch teilweise entzogen wird. Aber selbst wenn eine Definition des Sachwertes gelänge, die die aufgezeigten Mängel in etwa beseitigen würde, so bliebe doch immer noch das Nebeneinander zweier in ihrer Wesensart verschiedener Zueignungstheorien im Rahmen der "Kombinationstheorie" bestehen, - praktisch vielleicht eine begrüßenswerte Tatsache, dogmatisch aber doch ein Notbehelf.

Berechtigen somit die zweifellos vorhandenen Mängel der "Kombinationstheorie" zu einer Überprüfung des Zueignungsbegriffs, so ist der Versuch, eine einheitliche Begriffsbestimmung zu finden, der Möglichkeit vorzuziehen, sowohl die Substanz- als auch die Sachwerttheorie in der Weise zu modifizieren, daß ihre Kombination im Ergebnis eine vertretbare Lösung dieses Problems darstellen würde. Sollte sich jedoch im folgenden herausstellen, daß ein neuer, einheitlicher Zueignungsbegriff nicht gefunden werden kann, so bliebe nur der Ausweg, unter Aufgabe dogmatischer Bedenken eine irgendwie geartete Kombination der überkommenen Theorien vorzunehmen.

Es soll daher versucht werden, unabhängig von der herrschenden "Kombinationstheorie" eine Bestimmung des Zueignungsbegriffs zu finden, welche zwar weit genug ist, um auch die Fälle zu erfassen, die unter die herkömmlichen Begriffsbestimmungen nicht oder nur schwer zu subsumieren

sind ¹⁰⁾, welche aber dennoch die Grenze zwischen Zueignungs- und bloßen Vermögensdelikten nicht verwischt. Dabei soll im folgenden zunächst, losgelöst von den unstrittenen Grenzfällen, eine Definition des Zueignungsbegriffs gefunden werden. In einem weiteren Abschnitt soll der so gewonnene Zueignungsbegriff auf die Fallgruppen angewendet werden, die in jüngster Zeit die Diskussion um die strafrechtliche Zueignung neu entfachten ¹¹⁾. Dadurch soll einmal die überwiegend theoretische Begriffsbestimmung praktisch veranschaulicht werden, zum anderen sollen aber auch Richtigkeit und Brauchbarkeit des neuen Zueignungsbegriffs gerade anhand dieser zweifelhaften Grenzfälle überprüft werden; denn ungeteilte Zustimmung verdient ein Zueignungsbegriff nur dann, wenn er mit möglichst großer Bestimmtheit die Fälle der Zueignung erfaßt, die anderen aber auch ebenso klar ausscheidet.

10) Vgl. z.B. die Sparbuchfälle, die mit der Substanztheorie kaum zu erfassen sind (vgl. Maurech, S. 201) oder die "Zueignung" von Sachen ohne wirtschaftlichen Wert, die nach der Sachwerttheorie nicht möglich ist.

11) Vgl. dazu unten S. 104 ff.

2. A B S C H N I T T

DIE BESTIMMUNG DES ZUEIGNUNGSBEGRIFFS

Sollte die vorausgegangene Darstellung zeigen, wie problematisch der Zueignungsbegriff auch heute noch ist und wo insbesondere die Schwerpunkte der Unklarheiten liegen, so ist es nunmehr Aufgabe der folgenden Untersuchung, die Zueignung selbst begrifflich zu erfassen. Denn erst eine möglichst genaue und doch die vielen Einzelfälle umfassende theoretische Begriffsbestimmung der Zueignung macht den Weg frei für die praktische Anwendung, die dann zugleich eine Bewährungsprobe für den so gewonnenen Zueignungsbegriff darstellen wird.

Vorausgeschickt sei hier, daß im folgenden allein von dem Zueignungsbegriff die Rede sein wird, wie er sich in den §§ 242, 246, 249 StGB findet ¹⁾. Die Frage nach dem Wesen der Zueignung ist daher immer auf diese strafrechtlichen Vorschriften zu beziehen. Somit steht die Zueignung auch nicht als völlig abstrakter Begriff im Raum, sondern sie ist jeweils zusammen mit ihrem Bezugspunkt, dem Zueignungsobjekt, zu sehen.

Dieses Zueignungsobjekt soll zunächst Gegenstand der folgenden Erörterung sein. Danach ist auf den Zueignungsakt einzugehen, also auf die Frage, was mit dem Zueignungsobjekt geschehen muß, damit "Zueignung" vorliegt.

1) § 249 StGB bietet jedoch für die Erforschung des Zueignungsbegriffs kein selbständiges Material, da es sich hier um ein aus § 242 und § 240 zusammengesetztes Delikt handelt.

1. Das Zueignungsobjekt

Das Objekt des Zueignungsakts soll hier zunächst untersucht werden. Dies ist umso mehr erforderlich, als eine klare Entscheidung darüber, was Zueignungsobjekt ist, Voraussetzung für die spätere Frage nach der Natur des Zueignungsaktes ist. Geht man vom Strafgesetzbuch aus, so sagt § 246 StGB ganz eindeutig, daß derjenige eine Unterschlagung begehe, welcher sich die fremde bewegliche Sache rechtswidrig zueigne. Aber auch § 242 StGB spricht von der Sache, die der Täter in der Absicht wegnimmt, sie sich rechtswidrig zuzueignen. Ist also in beiden Fällen Bezugsmoment der Zueignung die "Sache", so fragt es sich, ob diese eindeutige Aussage des Gesetzes nicht dadurch umgangen wird, daß man immer wieder das Zueignungsobjekt anders zu bestimmen versucht, je es schließlich mit dem einer Sache innewohnenden Wert oder gar mit der Herrschaftsmacht über die Sache gleichsetzt ²⁾. Auf diese Weise werden bereits Elemente des Theorienstreits um den Zueignungsbegriff auf das Gebiet des Zueignungsobjekts, also sozusagen auf ein Vorfeld der eigentlichen Zueignung verlagert. Dazu geben allerdings die Substanz- und die Sachwerttheorie bereits vom Wortlaut her Anlaß. Denn man könnte mit gutem Grund glauben, der Name dieser Theorien entstamme den jeweiligen Zueignungsobjekten, Zueignungsobjekt sei also einmal die Sachsubstanz, zum anderen der Sachwert. Sprechen andererseits aber die §§ 242, 246 StGB nur von der "Sache", so kann die Bestimmung

2) So kommt z.B. Rudolphi, GA 1965, S.39 zu dem Ergebnis, daß Gegenstand der Zueignung über den Sachwert hinaus das sei, was diesen Wert darstelle, nämlich die Herrschaftsmacht des Eigentümers.

des Zueignungsobjekts auch nur der Auslegung des Sachbegriffs folgen, es sei denn, man würde unter dem Zueignungsobjekt contra legem etwas anderes verstehen als eben die "Sache".

a) Die Sache

Es leuchtet ein, daß der Streit zwischen der Substanz- und der Sachwerttheorie seine Bedeutung verlöre, wenn bereits der Sachbegriff, sei es generell, sei es lediglich auf dem Gebiet des Strafrechts oder schließlich speziell bei den Zueignungsdelikten, so weit ausgedehnt werden könnte, daß man unter einer Sache in diesem Sinne einmal den Gegenstand in seiner Körperlichkeit, zum anderen aber auch den im Gegenstand verkörpertten Wert zu verstehen hätte. Eine derartige Erwägung mag unverständlich erscheinen angesichts des § 90 BGB, wonach als Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände in Betracht kommen. Allerdings muß man den Verfechtern eines weiteren Sachbegriffs darin zustimmen, daß diese Vorschrift des bürgerlichen Rechts das Strafrecht nicht zu binden braucht. Es wird daher auch ³⁾ generell von einem strafrechtlichen Sachbegriff gesprochen. ERIK WOLF ⁴⁾ hat diesen strafrechtlichen Sachbegriff wohl am weitesten gefaßt. In einer schon nahezu extrem anti-naturalistischen Weise abstrahiert er bei der Bestimmung des Sachbegriffs von der Materie: Nicht ihre Existenz, sondern die Relation eines rechtlichen Wertgedankens in der Person eines rechtlichen Wertträgers auf die Materie sei das konstitutive Moment für den Sachbegriff ⁵⁾. Dieses Erfordernis der Zuordnung der Gegenstände auf den Menschen führt

3) Jagusch, LK, Bem. B I vor § 242; Maurach, S.187; Bockelmann, ZStW 65, S.588; Rudolphi, GA 1965, S.36; Engisch, MonKrimPsych XXII, S.242, Das Weltbild des Juristen, S.141 ff.

4) Der Sachbegriff im Strafrecht, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Band 5, S.44 ff.

5) E.Wolf, aaO., S.56.

WOLF konsequent zu dem Ergebnis, daß einmal für den Menschen wertlose Gegenstände keine "Sachen" sein könnten und daß sogar durch die Dereliktion einer Sache deren Sachqualität verlorengehe. Ja es kommt ihm schließlich nicht einmal auf die Existenz der Materie an, sondern auf die "sinnvolle Existenz von Kulturgütern", wobei sekundär sei, ob diese Kulturgüter als körperliche oder unkörperliche Gegenstände erscheinen.

Hier ist in der Tat ein Schritt getan, der den strafrechtlichen Sachbegriff auch auf den immateriellen Bereich ausdehnt. Würde man von dieser Begriffsbestimmung der "Sache" ausgehen, so erschiene es z.B. nicht schwierig, auch die Fälle des Photographierens kostbarer Pläne usw. als Zueignung anzusehen. Zueignungsobjekt wäre dann der in den Plänen verkörperte Wert, weil auch der Wert "Sache" im Sinne der Zueignungstatbestände wäre. Fraglich erscheint jedoch, ob der Sachbegriff auf diese Weise bestimmt werden darf.

Zuzugeben ist, daß die Vorschrift des § 90 BGB das Strafrecht nicht zu binden braucht. Es ist weiterhin auch festzustellen, daß der Sachbegriff im Strafrecht nicht einheitlich definiert wird. So wird z.B. unter "Sache" im Sinne des § 137 StGB auch eine Forderung, also in der Tat ein unkörperlicher Gegenstand, verstanden ⁶⁾. In den hier interessierenden Fällen der §§ 242, 246 StGB soll nach der fast einhelligen Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung bereits das Attribut "fremd" den Sachbegriff konkretisieren. "Fremdheit" der Sache bedeutet danach nämlich, daß die Sache in fremdem Eigentum steht, und die Frage, ob das der Fall ist, soll ausschließlich nach

6) Schönke/Schröder, § 137, Anm.4; a.A. die herrschende Meinung, z.B. Maurach, S.622; Mezger/Blei, S.272.

bürgerlichem Recht zu beurteilen sein. Danach kann Gegenstand des Eigentums aber nur eine Sache im Sinne des bürgerlichen Rechts sein, gemäß § 90 BGB also nur ein "körperlicher Gegenstand" ⁷⁾. Gegen diese herrschende Meinung könnte man freilich einwenden, eine Lösung des Begriffs "Fremdheit" vom bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff entspreche durchaus dem Grundsatz der "Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken" ⁸⁾, und man könnte das Tatbestandsmerkmal "fremd" zum Beispiel als "zur fremden Rechts- bzw. Vermögenssphäre gehörig" verstehen. Dann wäre allerdings eine Bindung des strafrechtlichen Sachbegriffs an § 90 BGB nicht mehr gegeben.

Daß aber eine Sache im Sinne der §§ 242, 246 StGB im Ergebnis doch nur eine körperliche Sache sein kann, folgt einmal aus den weiteren Tatbestandsmerkmalen des § 242 StGB "bewegliche" Sache und "wegnehmen", zum anderen aus der geschichtlichen Entwicklung der Eigentumsdelikte.

Die Beweglichkeit einer Sache bedeutet nach natürlichem Sprachgebrauch die tatsächliche Bewegbarkeit derselben ⁹⁾. Tatsächlich bewegbar sind aber nur körperliche Gegenstände,

7) Vgl. z.B. Bockelmann, ZStW 69, S.286; Schönke/Schröder, § 242 Anm. 6; Maurach, S.189; Jagusch, LK, Bem. B III vor § 242, BGHSt 6/378.

8) Vgl. Bruns, S.206 ff., S.290 ff.; siehe auch Bockelmann, ZStW 69, S.278: Danach sei es dem Strafrecht bis auf seine Abhängigkeit vom zivilrechtlichen Eigentumsbegriff längst gelungen, sich von der Bindung an außerstrafrechtliche Begriffe zu befreien. Speziell auf die Zueignungsdelikte hat H.Mayer, GS 104 (1934), S.111 diesen Grundsatz bezogen, wenn er ausführt: "Im Gesetzestext §§ 242 und 246 wird eine 'fremde' Sache verlangt; daß sie unbedingt in fremdem Eigentum stehen müsse, steht nicht darin". Vgl. auch Baumann, Der strafrechtliche Schutz ..., S.209, der zwar grundsätzlich eine Akzessorietät des Fremdheitsbegriffs bejaht, in gewissen - hier nicht näher interessierenden - Fällen aber zu einer "Beschränkung dieser Akzessorietät" gelangt. Vgl. dazu auch die Kritik Bockelmanns, ZStW 69, S.282; ferner Roxin, Festschrift f.H.Mayer, S.467 f. Siehe aber auch AG Lauenburg und LG Stolp, JW 1937, S. 1167.

9) s. auf S. 30.

nicht dagegen immaterielle Güter, wie z.B. Forderungen oder Rechte. Darüber hinaus können letztere auch nicht "weggenommen" werden, vielmehr erfordert die Wegnahme neben dem Bruch des fremden die Begründung eines neuen Gewahrseins und damit ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis an der Sache. Ein solches ist aber an einem immateriellen Gegenstand nicht denkbar.

Abgesehen davon ergibt ein Rückblick auf die Geschichte des Diebstahlstatbestandes, daß das deutsche Recht als Objekt der Wegnahme stets nur eine körperliche, bewegliche Sache ansah. Auch das römische Recht kannte keinen Diebstahl an immateriellen Gütern, da an diesen keine contrectatio stattfinden konnte ¹⁰⁾.

Es kann somit festgestellt werden, daß für die hier interessierenden Fälle nur körperliche Gegenstände in Betracht kommen. Damit bliebe jedoch noch offen, ob diese Gegenstände, um taugliche Sachen im Sinne der Eigentumsdelikte zu sein, einen Gebrauchswert haben müssen, oder ob auch völlig wertlose körperliche Gegenstände genügen. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, welche körperlichen Sachen die §§ 242, 246 StGB schützen wollen.

Es wird in der Tat dem Dieb regelmäßig nicht daran gelegen sein, wertlose Gegenstände zu stehlen; ebenso wird der Eigentümer solcher Sachen in vielen Fällen kein Interesse daran haben, sie weiterhin zu besitzen. Dennoch kann allein daraus nicht geschlossen werden, daß als Sachen im Sinne der Zueignungsdelikte nur Gegenstände von irgendwelchem Wert in Betracht kommen können. Wollte man als taugliche Sachen in diesem Sinne nur solche Gegenstände gelten lassen, die einen wirtschaftlichen Wert verkörpern, so müßte sich

9) Vgl. Bruns, S.209; ferner Schönke/Schröder, § 242, Anm.5; Maurech, S.188.

10) Vgl. Temme, S.39 mit weiteren Nachweisen.

der Täter durch die Zueignung in jedem Falle bereichern: Diebstahl und Unterschlagung würden so notgedrungen zu Vermögens- bzw. Bereicherungsdelikten . Diese Folgerung wurde in der Vergangenheit auch wiederholt gezogen ¹²⁾. So verlangten die Amtlichen Entwürfe eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 und 1927 ausdrücklich die Bereicherungsabsicht bei den Zueignungsdelikten. Gerade dieser Umstand aber beweist, daß man auch bei diesen Entwürfen davon ausging, daß eine Bereicherungsabsicht dem geltenden Strafgesetzbuch von 1871 nicht zu entnehmen war. In den folgenden Entwürfen ¹³⁾ wurde die Bereicherungsabsicht nicht mehr berücksichtigt. Daher mag es überraschen, daß Diebstahl und Unterschlagung im neuesten Strafgesetzentwurf von 1962 unter dem Abschnitt "Straftaten gegen das Vermögen" erscheinen, zumal der Diebstahlstatbestand (§ 235 E 1962) fast wörtlich dem § 242 StGB entspricht. Nach der heute einhelligen Meinung ¹⁴⁾ ist aber nicht das Vermögen schlechthin, sondern das Eigentum geschütztes Rechtsgut der §§ 242, 246 StGB. Davon will offenbar auch der E 1962 nicht abweichen; vielmehr geht aus der Begründung zum Entwurf hervor ¹⁵⁾, daß es sich hier um einen Vermögensbegriff " im weiteren Sinne" handele, der das Eigentum mitumfasse. Insoweit besagt der E 1962 jedoch

12) Bereits in der Kritik zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 setzten sich u.a. Mittermaier, Mumm und Unger für eine Änderung der Diebstahls- und Unterschlagungsvorschriften in dem Sinne ein, daß beide als Bereicherungsdelikte zu konstruieren seien (vgl. Gutachtl. Äußerungen, S. 364). Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches (1911 u.a. von v.Liszt und Lilienthal aufgestellt) hatte bereits die Bereicherungsabsicht zum Begriffsmerkmal von Diebstahl und Unterschlagung erhoben.

13) E 1936, E 1960, E 1962.

14) Z.B. Schönke-Schröder, § 242, Anm.1, § 246, Anm.1; Jagusch, I.K., Bem. A vor § 242.

15) E 1962, S.399.

nichts eigentlich Neues. Denn auch im Schrifttum zum geltenden Strafgesetzbuch ¹⁶⁾ werden die Zueignungsdelikte zum Teil unter dem Oberbegriff "Vermögensdelikte" behandelt, wobei - wie im E 1962 - zwischen solchen Delikten, die in der Verletzung bestimmter einzelner Vermögensrechte (wie z.B. des Eigentums) bestehen, und solchen strafbaren Handlungen unterschieden wird, die sich generell gegen das Vermögen richten, die also Vermögensdelikte im eigentlichen Sinne sind.

Ist nun aber nicht das Vermögen schlechthin, sondern das Eigentum durch die §§ 242, 246 StGB geschützt, so folgt daraus, daß auch völlig wertlose Gegenstände "Sachen" im Sinne dieser Vorschriften sein können; denn das Eigentum umfaßt wertvolle Sachen ebenso wie wertlose. Gegen dieses Ergebnis könnte allerdings die verbreitete Meinung sprechen, nach welcher bei der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) der Sachbegriff enger zu fassen sei, als Tatobjekt nämlich nur eine Sache von Wert in Betracht komme ¹⁷⁾, obwohl auch die Vertreter dieser Meinung das Eigentum als das geschützte Rechtsgut der Sachbeschädigung ansehen. Die Begründung dieser Meinung ist durchaus einleuchtend: Der strafrechtliche Schutz soll nicht auf Gegenstände ausgedehnt werden, an deren Erhaltung niemand ein Interesse hat. Weniger überzeugend ist jedoch die zum Teil vertretene Ansicht, man könnte diese Regel wohl bei § 303 StGB, nicht aber bei den Zueignungsdelikten anwenden. Insbesondere MAURACH ¹⁸⁾ versucht, diesen Widerspruch zu erklären, indem er eine Einengung des Sachbegriffs bei § 303 StGB aus dem gegenüber den Eigentumsverschiebungsdelikten

16) Vgl. u.a. Welzel, S.300; Maurach, S.177; Mezger/Blei, S.114; Kahn, S.1.

17) Maurach, S.180; Bockelmann, ZStW 65, S.586; Jagusch, LK, § 303 Bem.2; Schönke/Schröder, § 303, Anm.3; heute wohl schon h.M.

18) Maurach, S.180, 189.

"primitiveren Tatbestand" der Sachbeschädigung ableitet, die er als "bloßes Wertminderungsdelikt" betrachtet. Folgt man entgegen der herrschenden Meinung ¹⁹⁾ MAURACH insoweit, sieht man also konsequenterweise auch die Sachentziehung ohne Substanzverlust als Sachbeschädigung an, so leuchtet es nicht ein, warum bei § 303 StGB nur eine Sache von irgendwelchem Wert in Betracht kommen soll, bei den Zueignungsdelikten jedoch auch völlig wertlose Gegenstände genügen können. Denn gerade die dauernde Entziehung der Sache ist auch bei den Zueignungsdelikten das Moment, das das fremde Eigentum verletzt ("Enteignung"). Der darüber hinaus gehende "Aneignungs" - Akt auf seiten des Täters ist zwar ein neues strafwürdiges Element der Zueignung; in diesem Bereich kann aber nicht nach dem Grund gesucht werden, warum auch absolut wertlose Gegenstände als Sachen im Sinne dieser Vorschriften anzusehen sind. Denn das Bereicherungselement, das hier in Frage käme, wurde bereits oben ausgeschieden ²⁰⁾. Das Bedürfnis aber, "Streichholzaffären" nicht strafrechtlich zu erfassen, besteht bei den §§ 242, 246 StGB ebenso wie bei § 303 StGB ²¹⁾.

19) Die h.M. läßt für § 303 die bloße Wertminderung nicht genügen (z.B. das Drücken des Marktpreises, vgl. Jagusch, LK, § 303 Bem. 1). Vielmehr muß in irgendeiner Weise auch auf die Substanz der Sache eingewirkt werden. Wo allerdings die Grenze zur bloßen Wertminderung zu ziehen ist, ist unklar. Diese Frage wurde in neuerer Zeit in den Fällen des Löschens bespielter Tonbänder wieder aktuell. Vgl. Gerstenberg, NJW 1956, S.540, der hier eine Sachbeschädigung mangels einer Einwirkung auf die Substanz des Tonbands verneint, und Merkel, NJW 1956, S.778, der auch hier eine Sachbeschädigung bejaht.

20) Siehe oben, S.31.

21) Wenn Maurach, S.189 anführt, auch das Gewahrsamsmoment dürfe bei den Zueignungsdelikten - im Gegensatz zu § 303 StGB - nicht außer acht gelassen werden, so fragt es sich, welchen Unterschied Maurach etwa darin sieht, daß der Gewahrsamsinhaber eines fremden Zündholzes sich mit diesem eine Zigarette anzündet oder aber das Zündholz beim Reinigen seiner Tasche in den Mülleimer wirft. Inwieweit soll hier der Gewahrsam ein Grund dafür sein, im ersten Fall eine strafbare Handlung anzunehmen und im Forts. S. 34.

Um aber den Charakter der fraglichen Vorschriften als Eigentumsschutztatbestände zu wahren, müssen grundsätzlich auch völlig wertlose Gegenstände als Sachen im Sinne der Zueignungsdelikte angesehen werden. Mögen auf diese Weise die angeführten Bagatellfälle zwar nicht aus dem Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand auszuklammern sein, so wird doch ein öffentliches Interesse an ihrer Verfolgung in aller Regel zu verneinen und das Verfahren nach § 153 StPO einzustellen sein, so daß im Ergebnis auch nach der hier vertretenen Meinung eine Bestrafung des Täters wegen derartiger "Streichholzaffären" regelmäßig entfallen wird. Wollte man dagegen in diesen Fällen bereits die Tatbestandsmäßigkeit der §§ 242, 246 StGB verneinen, so würde man z.B. in der Wegnahme eines Bündels alter Zeitungen keinen Diebstahl, in der Wegnahme eines einzigen Pfennigs, also fraglos einer Sache von - wenn auch sehr geringem - Wert einen Diebstahl sehen müssen. Richtiger erscheint es aber, beide Fälle gleich zu behandeln, und zwar mangels eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung das Verfahren jeweils einzustellen.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß sich der Schutz der §§ 242, 246 StGB nur auf körperliche Gegenstände bezieht, die grundsätzlich keinen wirtschaftlichen Wert zu haben brauchen ²²⁾.

21) Forts.zu S.33: zweiten nicht? Der Unterschied kann doch nur darin liegen, daß im ersten Fall eventuell das positive Zueignungselement hinzugekommen ist. Dieses Beispiel zeigt vielmehr, daß die "Streichholzfälle" nicht nur hinsichtlich § 303 StGB, sondern generell der strafrechtlichen Verfolgung entbehren können.

22) Im Ergebnis ebenso z.B. Schönke/Schröder, § 242, Anm.4; RGSt 44/210; 50/255; 51/98; BGH MDR 1960, S.689.

b) Sache und Zueignungsobjekt

Nach der Bestimmung des Sachbegriffs ist nunmehr das Verhältnis der Sache zum Zueignungsobjekt zu klären. Diese Notwendigkeit ergibt sich bereits daraus, daß das Zueignungsobjekt kein in der Rechtsprechung und im Schrifttum feststehender Begriff ist und daß unter diesem Begriff auch keinesfalls stets dasselbe verstanden wird. Das Zueignungsobjekt wird vielmehr bereits in den Theorienstreit über den Zueignungsbegriff einbezogen mit der Folge, daß jede dieser Theorien auch ihren eigenen Begriff des Zueignungsobjekts hat. So wird nach der Substanztheorie die Sachsubstanz, nach der Sachwerttheorie der Sachwert als Zueignungsobjekt angesehen, während vermittelnde Ansichten zum Teil zu ganz komplexen Begriffsbestimmungen des Zueignungsobjekts gelangen, wie etwa der realen Herrschaftsmacht des Eigentümers über die Sache ²³⁾.

Eine derartige Überspannung des Begriffs "Zueignungsobjekt" ist jedoch nicht erforderlich, zumal sie die Bestimmung des Zueignungsbegriffs bereits im "Vorfeld" der eigentlichen Zueignung in unnötiger Weise kompliziert. Denn im Bereich des Zueignungsobjekts ist es noch nicht angezeigt, entsprechend den einzelnen Zueignungstheorien zu differenzieren. Es hieße vielmehr den Gesetzeswortlaut der §§ 242, 246 StGB ignorieren, wollte man hier einen anderen Gegenstand zum Zueignungsobjekt erheben als eben die Sache. Der Sachbegriff selbst ist zwar einer Auslegung durchaus zugänglich, aber auch nur insoweit kann es der Begriff des Zueignungsobjekts sein: Die Definition der "Sache" im Sinne der Zueignungsdelikte als eines körperlichen Gegenstandes, der grundsätzlich keinen wirtschaftlichen Wert zu haben braucht, bindet zugleich die Begriffsbestimmung des Zueignungsobjekts. Es

23) Vgl. Rudolphi, GA 1965, S.39.

besteht daher überhaupt kein Anlaß, außer von der "Sache" auch vom "Zueignungsobjekt" zu sprechen; vielmehr bedeuten beide Begriffe für die Zueignungsdelikte dasselbe. Damit ist das Bezugsmoment der Zueignung für die folgenden Erörterungen festgelegt. Nunmehr ist somit die Frage zu beantworten, was mit der Sache als dem Zueignungsobjekt geschehen muß, damit sie im Sinne der §§ 242, 246 StGB "zugeeignet" wird.

2. Der Zueignungsakt

Mit der Bestimmung der Sache als Zueignungsobjekt ist noch nicht entscheidend in den Theorienstreit über das Wesen der Zueignung eingegriffen worden. Zwar ist einer reinen Vermögenstheorie (objektiven Werttheorie), die heute nicht mehr vertreten wird ¹⁾, die Grundlage von vornherein bereits dadurch entzogen, daß grundsätzlich auch wertlose Sachen als Zueignungsobjekte in Betracht kommen können; darüber hinaus kann auch der eigentlichen Sachwerttheorie keine Alleingültigkeit zugesprochen werden: Denn eine wertlose Sache kann keinen Sachwert besitzen, aber - wie gezeigt - dennoch grundsätzlich Zueignungsobjekt sein.

Innerhalb der Grenzen, die dem hier zu entwickelnden Zueignungsbegriff durch die Festlegung des Zueignungsobjekts gezogen sind, ist die Frage nach dem Wesen der Zueignung weiterhin offen. Die Zueignung könnte also sowohl in der Herstellung eines irgendwie gearteten Verhältnisses zur Sache selbst als auch darin zu sehen sein, daß die Sache ihres Wertes zugunsten des Täters entkleidet wird, wenn sie eben eine Sache von Wert ist.

Allerdings zwingt der Umstand, daß der Sachwerttheorie keine Alleingültigkeit zukommen kann, dazu, bei der Suche nach einem umfassenden Zueignungsbegriff nicht von der Sachwerttheorie auszugehen. Denn es müßte dann sogleich mit einer Ausnahme begonnen werden, bevor überhaupt an eine nähere Begriffsbestimmung zu denken wäre: Sachen, denen ein wirtschaftlicher Wert nicht innewohnt, könnten nämlich nicht zugeeignet werden, obwohl sie doch taugliches Zueignungsobjekt sind ²⁾.

1) Vgl. dazu die Nachweise bei Jagusch, LK, Bem. D II vor § 242; vgl. auch oben, S. 11, Anm. 33.

2) Vgl. oben, S. 32 ff.

Kann folglich die Sachwerttheorie nur zusammen mit anderen Begriffsbestimmungen der Zueignung oder nur zu deren Ergänzung Bedeutung gewinnen, so leuchtet es ein, daß ein Versuch, den Zueignungsbegriff zu bestimmen, von formalen Gesichtspunkten auszugehen muß: Es muß nach einem irgendwie gearteten Verhältnis gesucht werden, das der Sich-Zueignende zum Zueignungsobjekt "Sache" herstellt.

Es liegt dabei nahe, den Begriff "Zueignung" zunächst etymologisch auf "Eigentum" zurückzuführen, unter "sich zueignen" also etwa die Synonyme "sich zu eigen machen" oder "Eigentum erwerben" zu verstehen, wobei allerdings von vornherein feststeht, daß ein Eigentumserwerb im Sinne der §§ 929 ff. BGB durch eine Zueignung im hier fraglichen Sinne nicht möglich sein kann, da es ja gerade an einer auf Eigentumsübertragung gerichteten Willenseinigung von Veräußerer und Erwerber fehlt ³⁾. Abgesehen von der rechtlichen Unmöglichkeit, auf diese Weise Eigentum zu erlangen, kann aber die zivilrechtliche Eigentumsübertragung ebenso wie die Frage nach dem Inhalt des Eigentums überhaupt einen brauchbaren Ausgangspunkt für eine Begriffsbestimmung der strafrechtlichen Zueignung darstellen. Insoweit zeigt sich, daß die von SAUER so scharf abgelehnten formalistischen Definitionsversuche der Zueignung in ihrem Ansatz durchaus vertretbar sind ⁴⁾. Wenn dort unter anderem gesagt wird,

3) Die Möglichkeit, auch durch widerrechtliche Zueignung Eigentum im Rechtssinne zu erlangen, ist allerdings gemäß den §§ 946 - 950 BGB gegeben; so erlangt etwa der Verwahrer fremder Baumaterialien durch deren Einbau in sein Wohnhaus Eigentum an ihnen, § 946 BGB. Dennoch sind diese Fälle, in denen eine strafrechtliche Zueignung mit zivilrechtlichem Eigentumserwerb zusammenfällt, durchaus atypisch und können daher auch zur Bestimmung des Zueignungsbegriffs nicht weiter beitragen. Vgl. auch Wessels, NJW 1965, S. 1154, Anm. 18.

4) Sauer, GA 1917, S. 285 f.; siehe auch oben, S. 6 und dort Anm. 7.

der "Dieb nehme eine Stellung ein, der nur die rechtliche Anerkennung fehle, um Eigentum zu sein" ⁵⁾, so ist damit zwar noch nicht gesagt, was Zueignung ist, jedoch erscheint diese Feststellung als Grundlage für weitere Erörterungen des Zueignungsbegriffs durchaus geeignet.

Geht man somit von der Eigentümerstellung aus, der es lediglich an der Rechtmäßigkeit mangelt, so bieten sich zwangsläufig zunächst die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Eigentumsinhalt an. Gemäß § 903 BGB kann der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Dieses "Verfahren mit einer Sache nach Belieben" weist bereits einen Weg, wie der Zueignungsbegriff weiter konkretisiert werden kann. Allerdings ist diese Definition des Eigentumsinhalts für die hier zu lösende Frage noch viel zu weit und unbestimmt. Denn es besteht von vornherein kein Zweifel darüber, daß sich der Nichtberechtigte nicht durch jedes beliebige Verfahren mit der fremden Sache diese bereits zueignet.

So kann insbesondere die Herstellung oder Ausübung eines tatsächlichen und damit vielfach eigentumsähnlichen Herrschaftsverhältnisses zur Sache in dieser Allgemeinheit noch nicht als Zueignung bezeichnet werden ⁶⁾.

Ein solches tatsächliches Herrschaftsverhältnis ist vielmehr sowohl beim Diebstahl als auch bei der Unterschlagung logisch bereits vor der eigentlichen Zueignung geschaffen: Der Dieb nimmt die Sache in Zueignungsabsicht weg, er begründet also nach dem Gewahrsamsbruch zumeist eigenen Gewahrsam, d.h. ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache; hierbei hat er die Absicht, sich die Sache zuzueignen. Das Erfordernis dieser Absicht wäre überflüssig, wollte man bereits in der Begründung des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses die Zueignung sehen; denn dann

5) v. Liszt, 3. Aufl., S. 410.

6) Vgl. aber z.B. Welzel, S. 302, 305.

würde die Wegnahme ⁷⁾ die Zueignung einschließen. Noch deutlicher wird dies bei der Betrachtung der Unterschlagung. Hier kann in der Regel nur derjenige Täter sein, sich die Sache also zueignen, der an ihr Gewahrsam, und zwar Alleingewahrsam hat. Wollte man demnach die Anmaßung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache als das eigentliche Kriterium der Zueignung ansehen, so bedürfte es für den Gewahrsamsinhaber einer fremden Sache lediglich der Erlangung dieser Gewahrsamsposition, womit er sich incidenter die Sache zueignen würde. Damit wäre aber der Tatbestand der Unterschlagung bedeutungslos geworden; denn § 246 StGB knüpft an die Voraussetzung an, daß regelmäßig die fremde Sache vom Täter tatsächlich beherrscht wird: Erst wenn das der Fall ist, kann die Tathandlung erfolgen, nämlich die Zueignung dieser Sache. Dabei braucht diese Zueignung richtigerweise nicht notwendig der Gewahrsams-erlangung zeitlich nachzufolgen, sondern kann mit ihr zusammenfallen, wie etwa bei der Fundunterschlagung ⁸⁾.

7) Unter Wegnahme ist nach heute allgemein vertretener Ansicht der Bruch fremden und die Begründung neuen, regelmäßig eigenen Gewahrsams zu verstehen (sog. Apprehensionstheorie). Wollte man allerdings die bloße Berührung der fremden Sache für die Wegnahme genügen lassen (heute nicht mehr vertretene "Kontrektationstheorie"), so hätte die Gewahrsamserlangung gegenüber der Wegnahme ein eigenes Gewicht.

8) Aber auch bei der Fundunterschlagung sind trotz des möglichen zeitlichen Zusammentreffens von Gewahrsamsbegründung und Zueignung beide Begriffe doch scharf zu trennen, wobei logisch, wenn auch nicht zeitlich, die Zueignung der Gewahrsamsbegründung folgt. Damit ist einer "berichtigenden Auslegung" des § 246 StGB jederzeit Raum gelassen; dahingestellt kann aber bleiben, ob diese so weit gespannt werden darf, daß die Innehabung des Gewahrsams nicht mehr als Tatbestandsmerkmal des § 246 StGB anzusehen ist. (So: Welzel, S. 305 f.; Schönke/Schröder, § 246, Anm. 1; Haberkorn, MDR 1962, S. 704 m. weit. Nachw.) Im Ergebnis ändert nämlich auch diese korrigierende Auslegung nichts

dersen, daß im Fall des § 246 StGB der Täter im Regelfall vor dem Zueignungsakt die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt (so mit Recht: Maurach, S. 228). Es sollen hierdurch lediglich auch die relativ seltenen Fälle erfaßt werden, in denen sich der Täter die Sache zueignet, ohne sie in Besitz zu nehmen. Vgl. dazu die Beispiele bei Maurach, S. 229; Schönke/Schröder, § 246, Anm.1; Welzel, S. 305 f.; Jagusch, LK, § 246, Bem. 3. Insoweit wird gerade aus der berichtigen Auslegung des § 246 StGB deutlich, daß die Erlangung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt über die Sache mit der Zueignung nicht identisch sein kann, soll doch hier Zueignung ohne Gewahrsamerlangung bzw. Gewahrsamsinnehabe möglich sein. Wenn Welzel, S. 307 und JZ 1952, S. 617 f. dann aber den Diebstahl als "Zueignung durch Wegnahme" definiert (so auch Hirsch, JZ 1963, S. 149, Anm.8), übergeht er zum einen wiederum den klaren Wortlaut des § 242 StGB, wo gerade umgekehrt von einer Wegnahme in Zueignungsabsicht die Rede ist. Zum anderen müßte man nach der folgerichtig, wenn auch überspitzt weitergeführten Ansicht Wetzels unter Diebstahl auch lediglich die vorsätzliche Wegnahme einer fremden Sache verstehen: Denn wenn die Wegnahme auch Zueignung ist, erübrigt sich doch der Gebrauch von Synonymen für ein und denselben Vorgang. Es bedarf aber keiner Erklärung, daß eine vorsätzliche Wegnahme noch kein Diebstahl zu sein braucht: Man denke nur an das *furtum usus*. Es muß vielmehr beim Dieb die Absicht auf Zueignung und somit auf etwas anderes als auf Wegnahme gerichtet sein. Damit ist jedoch wiederum nicht gesagt, daß die Zueignung der Wegnahme notwendigerweise zeitlich nachfolgen müsse. Vielmehr können beide Diebstahls-elemente zeitlich ohne weiteres zusammenfallen: Es wäre daher der Definition Wetzels zu folgen, würde er statt "Zueignung durch Wegnahme" etwa "Zueignung bei Wegnahme" sagen. (Nicht eindeutig ist insoweit die Stellungnahme bei Schönke/Schröder, § 242, Anm.68: Einerseits bezieht sich der Kommentar auf Welzel und Hirsch, andererseits spricht er in jederzeit vertretbarer Weise davon, daß Wegnahme und Zueignung zusammenfallen könnten. Es wird also richtigerweise doch zwischen beiden Begriffen unterschieden.) Vom Standpunkt der h.M. aus ergeben sich jedoch insoweit keine Bedenken: Die Zueignung wird als ein bei der Wegnahme nur erstretter Akt angesehen, der der Wegnahme logisch folgt. Vgl. Maurach, S. 195; Schwarz/Dreher, § 246, Anm.2) A.; Bockelmann, Strafrechtl. Untersuchungen, S. 216 und MDR 1953, S. 3 ff.; Schneider, MDR 1956, S. 338 m. weit. Nachw.; ebenso die Begründung zu § 235 E 1962, S. 401.

Hat somit der Täter im Falle des § 246 StGB in der Regel die fremde Sache vor der Zueignung in Gewahrsam, so stehen ihm aber bereits kraft dieser Besitzposition in bestimmtem Maße Befugnisse zu, die denen des Eigentümers nach § 903 BGB, wenn auch nicht gleichwertig, so doch angenähert sind. Kann dieser "andere von jeder Einwirkung auf die Sache ausschließen", so steht jenem unabhängig davon, ob sein unmittelbarer Besitz rechtmäßig oder unrechtmäßig ist, gemäß § 859 BGB gegen eine Besitzstörung sogar ein Gewaltrecht zu, und außerdem hat er den Besitzstörungsanspruch des § 862 BGB. Es zeigt sich daher, daß auch die generelle Möglichkeit, andere von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen, auf der Suche nach einer Bestimmung des Zueignungsbegriffs jedenfalls nicht unmittelbar weiterführen kann.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man jedoch gelangen, wenn man in diesem Zusammenhang den besonderen Fall betrachtet, daß der unrechtmäßige Besitzer sich der Wegnahme der Sache durch den Eigentümer selbst z.B. mit Gewalt erwehrt. Grundsätzlich ist der Besitzer nach § 859 StGB zwar auch hierzu berechtigt, obwohl er, wenn ihm nicht ein anderes zum Besitz berechtigendes Recht zusteht, gemäß § 985 BGB jederzeit zur Herausgabe der Sache an den Eigentümer verpflichtet wäre. Dadurch wird aber klar, daß § 859 BGB im Verhältnis des unrechtmäßigen Besitzers zum Eigentümer nur den Zweck haben kann, den Schutz des allgemeinen Rechtsfriedens zu wahren, eine eigenmächtige Rechtsverwirklichung also zu verhindern ⁹⁾. Dagegen kann es nicht der Sinn dieser Vorschrift sein, dem Besitzer eine darüber hinaus gehende Rechtsposition gegenüber dem berechtigten Eigentümer einzuräumen.

Während somit die tatsächliche Ausschließung eines beliebigen Dritten von der Sache durch den unmittelbaren Besitzer

9) Vgl. Wolff/Raiser, § 17.

aus objektiver Sicht ohne weiteres z.B. auch auf eine Verteidigung der fremden Sache zugunsten des Eigentümers schließen läßt, ist eine solche Deutung nicht möglich, wenn es sich anstatt um einen Dritten um den seine Sache begehrenden Eigentümer selbst handelt: In diesem Falle leugnet der Besitzer das Recht des Eigentümers in objektiv erkennbarer Weise, indem er es dem Eigentümer expressis verbis oder doch durch sein konkludentes Verhalten völlig abspricht. Damit maß sich der Inhaber der tatsächlichen Gewalt aber eine Stellung an, die ihm nicht mehr gebührt; denn mag er sich auch auf § 859 BGB berufen, so gibt er doch gleichzeitig kund, daß er dem wahren Eigentümer gegenüber das Eigentum verneint.

Diese Verneinung der Eigentümerstellung des Berechtigten muß aber bereits als ein wesentliches Merkmal des hier zu entwickelnden Zueignungsbegriffs angesehen werden. Aus den angeführten Gründen kann jedoch nicht der "Ausschluß jedes Dritten" ¹⁰⁾, sondern nur der Ausschluß des berechtigten Eigentümers als ein Element der Zueignung Gegenstand der weiteren Untersuchungen sein.

Die Ableitung der strafrechtlichen Zueignung vom zivilrechtlichen Eigentumsbegriff hat somit als erstes konkretes Ergebnis gezeigt, daß die Ausschließung des Eigentümers von seiner Sache unter Verneinung seiner materiellen Berechtigung ein Vorgang ist, der sowohl beim Diebstahl wie bei der Unterschlagung etwas über die Erlangung bzw. Innehabung

10) Vgl. aber Rudolphi, GA 1965, S.41. Zwar kann auch im Ausschluß eines Dritten eine Verneinung der Eigentümerposition des Berechtigten liegen, Man denke nur an die Fälle, in denen ein vom Eigentümer Beauftragter dessen Stellung vertritt. Der Ausschluß eines beliebigen Dritten hat jedoch keinen eindeutigen Erklärungswert, obwohl er ohne weiteres Zeichen einer im subjektiven Bereich des Gewahrsamsinhabers erfolgten Verneinung der Eigentümerposition des Berechtigten sein kann.

des Gewahrseins an der Sache Hinausgehendes ist. Zwar wird beim Diebstahl die Wegnahme regelmäßig auch die tatsächliche Ausschließung des Eigentümers umfassen, sie braucht aber doch nicht unter Verneinung der Eigentümerstellung des Berechtigten zu erfolgen.¹¹⁾ Daraus wird ersichtlich, daß die Verneinung der Eigentümerposition als etwas von der Wegnahme Verschiedenes anzusehen ist: Sie ist ein Element der logisch auf die Wegnahme folgenden Zueignung.

Daß sich in diesem Element aber die Zueignung noch keineswegs erschöpft, es vielmehr nur ein Merkmal des hier zu entwickelnden Zueignungsbegriffs sein kann, wird bereits durch einen Vergleich der Zueignungsdelikte mit der Sachbeschädigung deutlich¹²⁾. Indem der Täter nämlich eine fremde Sache zerstört, schließt er den Eigentümer in der intensivsten Form von der Sache aus und begeht eine Handlung, zu der nur der Eigentümer berechtigt wäre¹³⁾, verneint also zugleich dessen Berechtigung. Dennoch eignet sich der Zerstörer einer fremden Sache diese nicht zu¹⁴⁾.

11) So in den Fällen des Gebrauchsdiebstahls.

12) Vgl. auch Rudolphi, GA 1965, S.37.

13) Es bedarf hier keiner weiteren Erläuterung, warum dem Eigentümer das Recht zur Zerstörung seiner Sache zusteht; dieses Recht folgt aus § 903 BGB eindeutig. Die Ansicht Bindings, S.268, das Recht des Eigentümers, seine Sache zu vernichten, existiere in unklaren Köpfen, vielmehr sei die Zerstörung "nicht erlaubte Eigentumsausübung, sondern unverbundene Eigentumsvernichtung", ist nicht nur extrem kasuistisch, sondern geradezu falsch.

14) Außer Betracht müssen hierbei allerdings die Fälle bleiben, in denen der bestimmungsgemäße Gebrauch der Sache in ihrer Vernichtung besteht, wie das Verheizen von Ählen, das Verzehren von Speisen usw. Vgl. statt vieler: Welzel, S.302.

Das folgt einmal schon allein aus der Existenz des § 303 StGB neben den Zueignungsdelikten : Wäre die Sachbeschädigung bereits eine Zueignung, so wäre die Vorschrift des § 303 StGB nicht mehr erforderlich. Zum anderen führt auch ein Vergleich der Strafdrohungen bei § 303 StGB einerseits und den §§ 242, 246 StGB andererseits zu diesem Ergebnis: § 303 StGB ist als Antragsdelikt mit Geldstrafe oder Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren bewehrt, während die Zueignungsdelikte Gefängnis schlechthin (§ 242 StGB) bzw. Gefängnis bis zu drei Jahren (§ 246 StGB, 1.Alternative, die hier allein interessiert) androhen. Berücksichtigt man darüber hinaus insbesondere auch den " sozialen Sinngehalt" des Wortes "zueignen" ¹⁵⁾, so wird klar, daß unter Zueignung ein Mehr gegenüber dem tatsächlichen Ausschluß des Eigentümers von der Sache zu verstehen ist. Durch diese tatsächliche Verdrängung des Berechtigten unter Verneinung seiner Rechtsposition mögen zwar die Beziehungen aufgehoben werden, die der Eigentümer zur Sache hat: Er wird ausgeschlossen, sein Recht wird ihm abgesprochen ¹⁶⁾. Das Mehr, das zu dieser Ausschließung des Eigentümers hinzukommt, damit eine Zueignung vorliegt, muß aber notwendigerweise eine Beziehung des Sich-Zueignenden zur Sache betreffen. Der Verneinung der Eigentümerposition des Berechtigten muß auf seiten des Täters eine irgendwie geartete Bejahung seiner Pseudo-Eigentümerstellung gegenüberstehen. Daraus wird ersichtlich, daß einer Aufspaltung des Zueignungsbegriffs in ein negatives und ein positives Element durchaus zuzustimmen ist.

Die Unterscheidung dieser beiden Elemente, die bereits von BINDING in aller Schärfe vorgenommen worden ist ¹⁷⁾, hat

15) Vgl. Rudolphi, GA 1965, S. 37.

16) Wie das negative Zueignungselement im Ergebnis zu bestimmen ist, vgl. unten S. 49 ff.

17) Binding, S. 264 ff.; vgl. auch oben, S. 13.

zwar heute im Schrifttum ¹⁸⁾ wie auch in der Rechtsprechung allgemein Anklang gefunden und wird immer wieder als ein Kriterium der Zueignung bezeichnet, das nicht übersehen werden darf. Doch soll hier auch auf die Gefahren hingewiesen werden, die in dieser Aufspaltung des Zueignungsbegriffs dann liegen können, wenn man wie BINDING außer der logischen eine zeitliche Differenzierung zwischen der "Enteignung" und der "Aneignung" vornimmt.

Was zunächst die Bezeichnung dieser beiden Zueignungselemente betrifft, so muß von vornherein klargestellt werden, daß es sich hier nur um eine "strafrechtliche Enteignung" bzw. um eine "strafrechtliche Aneignung" handeln kann; daher wäre es der gleichlautenden Begriffe im Grundgesetz (Art. 14) und im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 958) wegen vorzuziehen, um immerhin denkbaren Verwechslungen und Begriffsverwischungen vorzubeugen, von "negativem" und "positivem Zueignungselement" zu sprechen ¹⁹⁾.

Es ist aber auch weiterhin zu berücksichtigen, daß diese beiden Elemente nicht als zwei voneinander völlig getrennte Merkmale der Zueignung anzusehen sind, sondern vielmehr in Wechselbeziehungen zueinander stehen. Bereits die Abgren-²⁰⁾zung der Gewahrsamerlangung von der Zueignung hat gezeigt, wie nahe diese beiden Vorgänge beieinanderliegen, wie oft ein zeitliches Moment dieselben nicht mehr trennen kann und lediglich ein logischer Einschnitt dies noch vermag.

18) Vgl. u.a. Jagusch, LK, Bem. D IV 1, 2 vor § 242; Schönke/Schröder, § 242, Anm.46; Schröder, JR 1964, S. 266; Welzel, S. 302; OLG Celle, NdsRpfl. 1964, S.72.

19) Wenn in der Folge die Begriffe "Enteignung" und "Aneignung" stets in Anführungszeichen gesetzt sind, so soll damit auf diese Verwechslungsgefahr hingewiesen werden.

20) Siehe oben, S. 40 ff.

Um wieviel weniger ist dann aber innerhalb der Zueignung selbst noch zu differenzieren! Ein Zeitmoment hat hier vielmehr grundsätzlich auszuscheiden.

Wenn BINDING ²¹⁾ dennoch verschiedene Beispiele anführt, bei denen zwischen der "Enteignung" und der "Aneignung" ein Zeitintervall liegen soll, so erkennt man bei näherer Betrachtung, daß in diesen Fällen durch die scharfe Trennung der beiden Zueignungselemente bereits Unklarheiten und Fehler unterlaufen sind: So wird das negative Zueignungselement unbewußt als Merkmal des Gewahrsemsbruchs bestimmt, wenn man wie BINDING beim "Raubmord" die Tötung des Opfers als "Enteignung" und das Ansichnehmen der Beute als "Aneignung" betrachtet. Es handelt sich vielmehr um eine gewaltsame Wegnahme mit tödlicher Folge in Zueignungsabsicht und der hier zeitlich folgenden tatsächlichen Zueignung. Ebenso liegt das negative Zueignungselement noch nicht darin, daß der Täter das Opfer durch Drohung zwingt, den Geldgurt von sich zu werfen. Vielmehr bewirkt dieser Nötigungsakt lediglich, daß sich der Genötigte des Gewahrsems an der Sache begibt; erst dann folgt logisch die Zueignung durch den Täter. Es bleiben schließlich die Fälle, in denen der Täter dem Eigentümer die Sache entzieht (etwa: dessen Ring in den See wirft), somit also das negative Zueignungselement verwirklicht, sich zu einem späteren Zeitpunkt aber eines Besseren besinnt, die Sache wieder sucht, findet und für sich verwertet (etwa: den Ring wieder aus dem Wasser fischt und versetzt). Der letztere Vorgang wäre sicherlich eine "Aneignung". Die Frage ist nur, ob man hier wirklich die Zueignung auch zeitlich aufspalten soll - man denke an die Fälle, wo dieses Zeitintervall Jahre beträgt! -, oder ob nicht doch allein auf den zweiten Handlungsakt abzustellen, in ihm also allein die Zueignung zu sehen ist. Dabei soll nicht verkannt werden, daß dann

21) Binding, S. 271.

eine zweifache, durch einen Zeitraum getrennte "Enteignung" unterstellt würde, obwohl es sich beim zweiten Akt strenggenommen nur um eine Ausnutzung der durch die erste Handlung geschaffenen Lage handelt. Es bestehen aber keine Bedenken dagegen, die zweite Handlung hier ebenso zu bewerten, wie wenn ein Dritter sie vorgenommen hätte. Dieser hätte eine Fundunterschlagung begangen, sich die Sache also zugeeignet. Auch in diesem Falle wäre der Eigentümer dann zweimal "enteignet" worden, wenngleich von verschiedenen Personen. Daß es aber auch eine mehrfache "Enteignung" des Eigentümers durch dieselbe Person geben muß, wird deutlich, wenn man das oben angeführte Beispiel etwas variiert: Der dem Eigentümer vom Täter entzogene Ring wird von einem Dritten gefunden; bei diesem entdeckt der Täter eines Tages den Ring und nimmt ihn mit Gewalt an sich, um ihn am nächsten Tag zu versetzen. Hier hat der Täter unzweifelhaft einen Raub begangen, also auch in Zueignungsabsicht gehandelt, obwohl er bereits früher den Eigentümer "enteignet" hat.

Dieses Ergebnis zeigt, daß selbst auch in den Fällen, in denen zunächst nur das negative Zueignungselement verwirklicht wird und erst später die eigennützige Handlung folgt, ein zeitliches Moment zwischen beiden Zueignungselementen doch nur scheinbar besteht.

Ist somit der Zueignungsakt ein zeitlich einheitlicher Vorgang, der nur logisch in zwei Zueignungselemente zerfällt, so ist damit zu der Frage, ob ein Zeitmoment auch für die "Enteignung" und die "Aneignung" wesentlich ist, diese insbesondere "auf Dauer" gerichtet sein müssen, noch in keiner Weise Stellung genommen. Ob das Dauermoment ein entscheidendes Merkmal des negativen und positiven Zueignungselements ist, soll vielmehr im folgenden die nähere Untersuchung beider Zueignungselemente ergeben.

a) Das negative Zueignungselement

Hat der Versuch, den Zueignungsbegriff vom Zivilrecht her zu bestimmen, ergeben, daß im Verhältnis des Sich-Zueignenden zum berechtigten Eigentümer der Ausschluß des Eigentümers von seiner Sache unter Verneinung seiner Rechtsposition als ein Merkmal der Zueignung anzusehen ist, so kommt es nunmehr darauf an, dieses negative Zueignungselement zu präzisieren. Als eine wesentliche Komponente, durch die die "Enteignung" näher bestimmt werden kann, bietet sich hier das Dauermoment an. Es geht also zunächst um die Frage, ob der Ausschluß des Eigentümers auf Dauer gerichtet sein muß oder nicht.

Die durchaus herrschende Meinung im Schrifttum ²²⁾ befürwortet dieses Moment der Dauer bei der "Enteignung", und zwar in der Weise, daß der Eigentümer tatsächlich von der Sache auf Dauer auszuschließen sei. So muß z.B. der Dieb bei der Wegnahme die Absicht haben, die Sache dem Eigentümer dauernd vorzuenthalten, sie ihm folglich nicht aus eigenem Antrieb wieder zugänglich zu machen. Dieses Dauermoment, das bereits BINDING ²³⁾ als unverzichtbaren Bestandteil der "Enteignung" ansah, ist bei den bisherigen mannigfachen Versuchen, den Zueignungsbegriff zu definieren, vielfach als ein willkommenes Abgrenzungskriterium der Zueignung vom *furtum usus* ohne nähere Prüfung übernommen worden. Auf den ersten Blick erscheint es auch wegen seiner einfachen Klarheit als eine durchaus zutreffende Komponente des negativen Zueignungselements.

22) Gallas, Niederschr. Bd. 6, S. 101; Scheffstein, GA 1964, S. 101; Wessels, JZ 1965, S. 633; Eser, JuS 1964, S. 479; Kohlrausch/Lange, § 242, Anm. III b; Welzel, S. 302. Die Rechtsprechung hält sich dagegen mit der ausdrücklichen Betonung des Dauermoments zurück. Wie die h.M. auch SchlHOLG, SchlHA 1953, S. 216 f., während z.B. das LG Aachen (JMB1NRW 1963, S. 231) objektiv unrichtig erklärt: Nach "h.M." gehöre zum Begriff der Zueignungsabsicht keineswegs der Wille, die Sache dem Eigentümer dauernd zu entziehen.

23) Binding, S. 264.

Bei näherer Betrachtung ergeben sich jedoch Bedenken dagegen, die " Absicht dauernder Besitzentziehung" als " unbedingte Notwendigkeit" ²⁴⁾ der "Enteignung" anzusehen.

Es sei in diesem Zusammenhang wiederum auf das Ausgangsbeispiel verwiesen ²⁵⁾: Der unrechtmäßige Besitzer weist den gemäß § 985 BGB die Herausgabe seiner Sache begehrenden Eigentümer unter Verleugnung seiner Eigentümerposition zurück. Hier schließt der Besitzer den Eigentümer in der Tat auf Dauer von der Sache aus, denn der Eigentümer soll nach dem Willen des Besitzers den Gewahrsam an der Sache nicht wiedererlangen. Wandelt man dieses Beispiel nunmehr dahin ab, daß der Besitzer dem Eigentümer die Sache zwar unter der Behauptung vorenthält, er, der Besitzer, sei Eigentümer, daß er aber dem Berechtigten die Sache zum Kauf anbietet, so erhält der rechtmäßige Eigentümer, der keinen anderen Ausweg weiß, als das Angebot anzunehmen (weil er sich z.B. in einem Beweisnotstand befindet), die Sache wieder zurück: Er ist von ihr also nicht auf Dauer ausgeschlossen worden! Dennoch liegt eine eindeutige Verneinung der Rechtsposition des Eigentümers durch den Besitzer vor: Die Sache wird nicht in Anerkennung des fremden Eigentumsrechts herausgegeben, sondern auf Grund eines neuen kausalen Geschäfts, das der Besitzer ebensogut mit jedem beliebigen Dritten hätte abschließen können. Auch der Täter, der dem Eigentümer die Sache wegnimmt, um sie ihm wieder zu verkaufen, hat nicht die Absicht, den Eigentümer auf Dauer von der tatsächlichen Herrschaft über die Sache auszuschließen. Er will im Gegenteil die Sache dem Eigentümer sogleich wieder übergeben, allerdings nicht in Anerkennung, sondern unter Verneinung dessen Rechts an der Sache.

24) Binding, S. 264.

25) Vgl. oben, S. 42 f.

Sieht man in der dauernden Besitzentziehung ein notwendiges Merkmal des negativen Zueignungselements, so muß es schwerfallen, in diesen und ähnlichen Fällen eine Zueignung anzunehmen. Wenn dennoch die überwiegende Meinung im Schrifttum auch hier die Zueignung bejaht, so wird deutlich, daß jedenfalls diejenigen Vertreter dieser Meinung, die den tatsächlichen dauernden Ausschluß des Eigentümers von seiner Sache fordern ²⁶⁾, nicht konsequent bleiben, sondern entweder insoweit eine Ausnahme von ihrer Regel annehmen oder aber mit nicht ganz einleuchtenden Argumentationen auch die hier in Frage stehenden Fälle als tatsächlichen dauernden Ausschluß des Eigentümers von seiner Sache betrachten. Daß hier dann notwendigerweise Unklarheiten auftreten, die zu Mißverständnissen Anlaß geben, führt JAGUSCH ²⁷⁾ mit Recht an. Diesen Mißverständnissen ist insbesondere auch das Reichsgericht in seinen zahlreichen, einander widersprechenden Entscheidungen erlegen, in denen ein dauernder Ausschluß des Eigentümers von der "Sachsubstanz" teils gefordert, teils aber entschieden abgelehnt wurde. ²⁸⁾ Wenn das Reichsgericht in diesen Fällen dennoch zu richtigen Ergebnissen gelangte, so drängt sich in der Tat die Frage auf, ob das Moment des Dauernden, jedenfalls soweit es in Beziehung zum tatsächlichen Ausschluß des Eigentümers von der Sache steht, überhaupt berechtigt ist. Zwar wird in den meisten Fällen der Zueignung der Eigentümer dauernd von seiner Sache ausgeschlossen; aber es gibt offenbar auch Fälle, die zwar in ihrer relativen Häufigkeit erheblich geringer sind, in denen aber eine Zueignung trotz Fehlens der hier fraglichen Voraussetzung ganz überwiegend bejaht wird. Das bekannteste Beispiel des Reichsgerichts, das auch heute wegen der hier aufgezeigten Problematik im Schrifttum ²⁹⁾ immer wieder erörtert wird, ist der sogenannte Getreidefall:

26) Vgl. oben S.49, Anm.22.

27) Jagusch, LK, Bem. D IV 1 vor § 242.

28) Vgl. im einzelnen oben S.14 und dort Anm.42.

29) RGSt 57/199....

Der Täter entwendet Getreide aus dem Getreidespeicher und verkauft es der Eigentümerin. WELZEL z.B. folgt hier mit der herrschenden Meinung im Ergebnis dem Reichsgericht und bejaht eine Zueignung, geht dabei aber mit keinem Wort auf das Dauermoment innerhalb der negativen Zueignungskomponente ein ³⁰⁾.

Demgegenüber sieht JAGUSCH diesen Widerspruch und behauptet, entgegen der Ansicht des Reichsgerichts fehle es beim "Getreidefall" an dem Merkmal der Dauer nicht ³¹⁾. Es kann aber auch JAGUSCH dann nicht gefolgt werden, wenn man das Dauermoment - wie es in der Tat größtenteils geschieht ³²⁾ - mit dem tatsächlichen Ausschluß des Eigentümers von seiner Sache in Beziehung setzt. Denn der Täter, der dem Eigentümer, z.B. einem leidenschaftlichen Philatelisten, die wertvolle Briefmarke aus dem Safe entwendet, um sie ihm umgehend zu verkaufen, will ganz eindeutig den Eigentümer nicht auf Dauer von seiner Sache ausschließen; er will vielmehr gerade das Gegenteil. Ist aber dennoch in diesen Fällen eine Zueignung zu bejahen, so ist das Moment der Dauer entweder ganz auszuschneiden oder aber nicht auf diese Weise zu interpretieren.

30) Welzel, S.304. Verneint wird eine Zueignung dagegen von Schönke/Schröder, § 242, Anm.49, weil dem Eigentümer in diesen Fällen nicht "die Nutzung der Substanz" entzogen werden soll. Die weitere Begründung, eine Zueignung sei stets dann zu verneinen, "wenn der Täter eine Sache wegnimmt, um sie zur Ausführung eines Betruges zu gebrauchen", ist in dieser allgemeinen Formulierung jedenfalls unrichtig. (Der Dieb, der die gestohlene Sache an einen Dritten verkauft, begeht regelmäßig einen Betrug!) Aber auch dann, wenn diese generelle Formulierung nur auf den Fall zugeschnitten sein soll, daß der Täter die Sache wegnimmt, um sie zum Zwecke eines Betrugs dem Eigentümer gegenüber zu gebrauchen, kann der Ansicht von Schönke/Schröder nicht gefolgt werden: Welchen Unterschied soll es machen, ob der Täter dem Eigentümer die Sache wegnimmt, um sie ihm unter Täuschung auf Grund einer neuen causa wieder zuzuwenden, oder ob der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Ausnutzung eines Beweisnotstandes des Eigentümers diesem wieder zu verkaufen, weil der Eigentümer z.B. die Sache unbedingt braucht bzw. die Sache sehr wertvoll ist.

Um darüber zu entscheiden, erscheint es angezeigt, als Merkmal des negativen Zueignungselements die oben ³³⁾ entwickelte "Verneinung der Eigentümerstellung" stärker zur Geltung zu bringen. Dieses Merkmal wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung vielfach überhaupt nicht und auch sonst zum Teil nur andeutungsweise erwähnt.³⁴⁾ Gleichwohl verdient es größere Beachtung.

Gegenüber dem tatsächlichen Ausschluß des Eigentümers von seiner Sache ist die Leugnung der Eigentümerposition der umfassendere Begriff: Sie ist immer dann gegeben, wenn die Handlung des Täters objektiv die Verneinung des Eigentumsrechts oder aber eine Beeinträchtigung der sich aus dem Eigentum als dem umfassendsten Herrschaftsrecht an einer Sache ergebenden Möglichkeit des Eigentümers darstellt, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, sie insbesondere auch ihrer Bestimmung gemäß zu verwenden ³⁵⁾. Auch der tatsächliche dauernde Ausschluß des Eigentümers von seiner Sache stellt nämlich eine Leugnung seiner Eigentümerposition dar. Denn der Täter gibt dadurch zu erkennen, daß er dem Eigentümer das Eigentumsrecht abspricht. Darüber hinaus wird dem Eigentümer in diesem Fall auch die Möglichkeit entzogen, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren.

31) Jagusch, LK, Bem. D IV 1 vor § 242.

32) Vgl. z.B. Eser, JuS 1964, S. 479, und oben, S.49 f.

33) Vgl. oben, S. 43 f.

34) Vgl. aber Wessels, JZ 1965, S. 634, der ausdrücklich von der "Leugnung der Rechte des wahren Eigentümers" bzw. von der "Leugnung des fremden Eigentums" spricht. Vgl. auch Rudolphi, GA 1965, S. 33 ff., der bei der theoretischen Erörterung (S. 39) dieses Merkmal nicht anführt, bei der Behandlung der einzelnen Fallgruppen jedoch u.a. auch von der " Mißachtung des Eigentums" (S. 43) spricht.

35) Zur " bestimmungsgemäßen Verwendungsmöglichkeit" der Sache als Komponente der Eigentümerposition vgl. näher unten, S. 59 ff.

Der nur vorübergehende Gebrauch der Sache hat andererseits keinen eindeutigen Erklärungswert: Hier können nur die weiteren Umstände, wie z.B. die Art und Weise der Rückgabe oder der Behandlung der Sache, ergeben, ob der Täter die Eigentümerposition des Berechtigten leugnet oder nicht ³⁶⁾. Das Eigentumsrecht des Berechtigten verneint der Täter aber ebenso wie durch den dauernden Ausschluß des Eigentümers auch dadurch, daß er ihm die Sache auf Grund einer neuen causa, sei es durch Täuschung, sei es durch die Ausnutzung eines Beweisnotstandes, wieder zurückgibt. Denn hier erfolgt die Rückgabe nicht in Anerkennung des fremden Eigentums, sondern vielmehr wird die Sache dem Eigentümer durch einen sich nach außen als eine Übereignung darstellenden Akt übergeben. Durch diesen "Eigentumsübertragungsakt" gibt aber der Täter eindeutig zu erkennen, daß er das bereits bestehende Eigentumsrecht des "Erwerbers" verneint: Soll dieser erst Eigentum erwerben, so wird ihm ein bereits bestehendes Eigentumsrecht gleichzeitig abgesprochen.

Stellt man folglich bei der Bestimmung des negativen Zueignungselements auf das umfassendere Merkmal der Leugnung der Eigentümerposition ab, so ist eine "Enteignung" trotz eines nur vorübergehenden Ausschlusses des Eigentümers von seiner Sache durchaus möglich. Das Moment der Dauer kann daher insoweit nicht übernommen werden, als es - wie es überwiegend geschieht ³⁷⁾ - auf den tatsächlichen Ausschluß

36) Unzweifelhaft wird auch durch einen vorübergehenden Entzug der Sache die Möglichkeit des Eigentümers bereits beeinträchtigt, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Da das furtum usus jedoch noch keine Zueignung darstellt, leuchtet es ein, daß nicht jede Beeinträchtigung dieser Möglichkeit bereits eine "Enteignung" ist. Zu der Frage, wann die Beeinträchtigung dieser Möglichkeit das negative Zueignungselement erfüllt, vgl. unten S. 61.

37) Siehe oben, S. 49 f.

des Eigentümers von seiner Sache bezogen wird. Daraus ergibt sich aber zugleich, daß das Dauermoment an sich nicht überflüssig, sondern lediglich in seiner "Sachbezogenheit" unanwendbar ist. Die "Enteignung" ist somit nicht der auf Dauer gerichtete tatsächliche Ausschluß des Eigentümers von seiner Sache, sondern eine Verfahrensweise mit dieser, aus der sich die Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten ergibt. Wer folglich die fremde Sache in Gewahrsam hat, "enteignet" den Eigentümer durch eine Handlung, die objektiv als eine Verneinung der Eigentümerstellung anzusehen ist; tritt das positive Zueignungselement ("Aneignung") hinzu, so ist der Tatbestand der Unterschlagung erfüllt. Entsprechend beginge einen Diebstahl, wer einem anderen eine Sache in der Absicht wegnimmt, die Eigentümerposition des Berechtigten zu leugnen und das positive Zueignungselement zu verwirklichen. Gegen diese Bestimmung des negativen Zueignungselements ließe sich jedoch sogleich der Einwand erheben, daß auch derjenige, der die Sache dem Eigentümer nur vorübergehend entziehen will, durch den widerrechtlichen Gebrauch der Sache zu erkennen gibt, daß er sich über das fremde Eigentumsrecht hinwegsetzt. Es steht aber fest, daß der vorübergehende Entzug der Sache und deren Rückgabe in Anerkennung des fremden Rechts keine Zueignung darstellt ³⁸⁾. Es leuchtet daher ein, daß auch hier zur Abgrenzung der Zueignung vom furtum usus eine Komponente der "Enteignung" gefunden werden muß, die die Fälle der Gebrauchsanmaßung vom Zueignungsbegriff ausscheidet. Hier bietet sich das

38) Das folgt bereits aus dem Gesetz, das die Gebrauchs-
anmaßung nämlich nur in zwei Fällen ausnahmsweise
unter Strafe stellt (§§ 248 b, 290 StGB), damit also
zu erkennen gibt, daß das furtum usus grundsätzlich
straflos ist, mithin in diesen Fällen auch keine Zueig-
nung anzunehmen ist, da andernfalls die §§ 242, 246 StGB
eingriffen, die §§ 248 b, 290 StGB damit aber über-
flüssig wären.

Dauermoment an, und zwar nicht in der überkommenen Weise, daß nämlich der Eigentümer von seiner Sache auszuschließen ist, sondern vielmehr derart, daß der Ausschluß des Eigentümers erfolgt unter der auf Dauer gerichteten Leugnung seiner Eigentümerposition. Dabei mag man bereits dem Begriff "Leugnung" ein Zeitmoment der Endgültigkeit entnehmen; aus Gründen der Klarheit und Eindeutigkeit empfiehlt es sich jedoch, das Dauermoment ausdrücklich zu erwähnen. Das negative Zueignungselement wäre daher zu definieren als die "auf Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten".

Diese Bestimmung der "Enteignung" führt im konkreten Ergebnis zu einer eindeutigen Beurteilung der Fälle, in denen dem Eigentümer seine eigenen Sachen, sei es durch Täuschung, sei es durch Ausnutzung eines Beweisnotstandes, auf Grund einer neuen causa zugewendet werden. Es bedarf hier nicht der unklaren Konstruktionsversuche und damit der Verstrickung in systematische Schwierigkeiten wie bei der "sachbezogenen Enteignung auf Dauer". Vielmehr handelt der Täter, der dem Eigentümer eine Sache entwendet, um sie ihm wieder zu verkaufen (vgl. den Getreidefall des Reichsgerichts), in der Absicht, das Eigentumsrecht des Berechtigten auf Dauer zu leugnen; denn er will die Sache dem Eigentümer gerade nicht in Anerkennung der Eigentümerposition zurückgeben, sondern unter Verneinung derselben. Da in diesen Fällen auch das positive Zueignungselement ³⁹⁾ von der Absicht des Täters umfaßt ist, ist im Ergebnis ein Diebstahl gegeben.

Wenn somit die "Enteignung" im Ergebnis doch "auf Dauer" gerichtet ist, so fragt es sich, ob gegen die hier entwickelte Definition der negativen Zueignungskomponente nicht etwa die gleichen Bedenken anzumelden sind, die von den Gegnern der formalen Zueignungstheorien gegen die

39) Vgl. dazu unten S. 64.

überkommene Bestimmung der "Enteignung" erhoben werden: Daß nämlich bei Bejahung eines Dauermoments, andererseits aber Ablehnung einer wirtschaftlichen Zueignungstheorie diejenigen Fälle nicht vom Zueignungsbegriff erfaßt werden könnten, in denen der Täter eine Sache entwendet mit der Absicht, sie "nach Ausnutzung des ihr innewohnenden Wertes dem Eigentümer wieder zukommen zu lassen" ⁴⁰⁾. Eine "Enteignung" kann, nach der hier entwickelten Begriffsbestimmung in diesen Fällen nur dann vorliegen, wenn die Ausnutzung des Wertes der Sache eine auf Dauer gerichtete Verneinung der Eigentümerposition darstellen würde. Wird aber der Eigentümer z.B. dadurch "enteignet", daß der Täter ihm Rasierklingen entwendet, um sie ihm nach Abnutzung zurückzugeben ⁴¹⁾, oder ihm eine Taschenlampenbatterie wegnimmt, um sie ihm wieder zuzustellen, nachdem sie ausgebrannt ist? ⁴²⁾

Unproblematisch sind die Fälle, in denen der Täter mit der Sache derart verfährt, daß sie bei der Rückgabe bereits in ihrem äußeren Erscheinungsbild völlig vom ursprünglichen Zustand abweicht ⁴³⁾: In der Zerstörung der fremden Sache dokumentiert sich die Verneinung des Eigentumsrechts. Im Ergebnis ebenso muß aber entschieden werden, wenn die Sache zwar in ihrem äußeren Erscheinungsbild erhalten bleibt, durch die unbefugte Benutzung aber unbrauchbar geworden ist ⁴⁴⁾.

40) Vgl. Schaffstein, GS 103, S.295.

41) Vgl. Feldscher, S.14.

42) Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Soweit es sich um Wertpapiere, insbesondere um Biermarken und Sperrbücher als Zueignungsobjekte handelt, soll unten, S. 83 ff. näher darauf eingegangen werden.

43) Z.B.: Der entwendete Kraftwagen wird solange vom Täter benutzt, bis er schrottreif ist, und dann dem Eigentümer als von der Schrottpresse geformter Metallquader zugestellt.

44) Z.B.: Der schrottreife Wagen wird zwar nicht der Schrottpresse zugeführt, sondern dem Eigentümer vor die Garage geschoben.

Für eine streng formalistische, an der Substanz der Sache orientierte Begriffsbestimmung der Zueignung würden sich im letzteren Fall in der Tat erhebliche Schwierigkeiten ergeben, wollte man über das *furtum usus* hinaus eine Zueignung der Sache annehmen. Ein tatsächlicher dauernder Ausschluß des Eigentümers von der Sache ihrer äußeren Gestalt und wesentlichen Substanz nach ließe sich hier jedenfalls nicht ganz bedenkenlos konstruieren. Mag man zwar in vielen Fällen einwenden können, der sich über eine verhältnismäßig lange Zeit erstreckende Gebrauch einer Sache führe außer zu einer allgemeinen Abnutzung auch zu einer gewissen Substanzverminderung, so wird ein solcher Einwand bei den oben erwähnten Beispielen (Rasierklinge, Batterie) kaum überzeugen. Dennoch sind auch die mehrmals gebrauchte Rasierklinge und die ausgebrannte Batterie für den Eigentümer nicht mehr verwendbar: Beide Fälle können daher im Ergebnis nicht anders behandelt werden, als wenn die Sachen auch in ihrer äußeren Gestalt völlig verändert würden.

Daß gerade an dieser "schwachen Stelle" der streng formalistischen Zueignungsauffassung die Kritik der Sachwerttheorie einsetzt, ist ohne weiteres einleuchtend. Mit Hilfe der Sachwerttheorie ließen sich diese Fälle in der Tat insoweit einfach lösen, als die Sachen durch den Gebrauch ihren anfänglichen Wert völlig verlieren: Sie wären dadurch unzweifelhaft zugeeignet. Schwierigkeiten würden sich jedoch auch vom Standpunkt der Sachwerttheorie dann einstellen, wenn der Sache nur ein Teil ihres Wertes entzogen wird, wenn also der Täter sich nur einmal mit der fremden Rasierklinge rasiert, bzw. nur für kurze Zeit die Batterie gebraucht. Hier würden beide Gegenstände zweifellos an Wert verlieren. Liegt damit aber bereits eine Zueignung vor? Richtigerweise wäre nur ein *furtum usus* anzunehmen, das sich indes nach der Sachwerttheorie hier nicht ganz überzeugend konstruieren ließe.

Die Bestimmung des negativen Zueignungselements als die auf Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten scheint jedoch geeignet, auch die hier fraglichen Fälle zu erfassen und dabei die Zueignung vom furtum usus hinreichend abzugrenzen. Bereits oben ⁴⁵⁾ wurde gezeigt, daß ein Zurückgeben der fremden Sache unmittelbar nach ihrer Entwendung Zueignung sein kann, wenn diese Rückgabe eben nicht in Anerkennung, sondern unter Verneinung des Eigentumsrechts erfolgt. Die Eigentümerposition des Berechtigten wird aber auch durch eine Behandlung der fremden Sache geleugnet, die der Sache die weitere Verwendungsmöglichkeit entzieht ⁴⁶⁾. Demgegenüber ist das furtum usus dadurch gekennzeichnet, daß der Täter die Eigentümerposition des Berechtigten letztlich beachtet, was sich in der Art und Weise äußert, wie er mit der Sache verfährt. So kann z.B. eine besonders sorgfältige Behandlung ⁴⁷⁾ der Sache Ausdruck der Anerkennung des fremden Rechts sein. Durch den völligen Entzug der Verwendungsmöglichkeit der Sache gibt der Täter aber im Gegensatz dazu zu verstehen, daß er in keiner Weise auf das Recht des Eigentümers Rücksicht nehmen will. In diesem Falle kann auch dem Umstand kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden, daß der Berechtigte schließlich doch die nicht mehr verwendbare, wenngleich in ihrem äußeren Erscheinungsbild völlig oder annähernd unveränderte Sache so zurückerhält, wie er sie von vornherein nach der Vorstellung des Täters zurückerhalten soll. Zwar bleibt der Berechtigte Eigentümer auch der nunmehr unbrauchbaren Sache, deren Rückgabe aber nicht mehr in Anerkennung der umfassenden Eigentümerposition,

45) Vgl. S. 57.

46) Vgl. bereits oben, S. 54.

47) So mit Recht BGH VRS 24/213, 215; vgl. aber auch unten, S. 60 und dort Anm. 48.

sondern lediglich auf Grund des jetzt inhaltlosen, formalen Eigentumsrechts erfolgt. Die auf Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition liegt vielmehr bereits in der intensiven Verletzung des Eigentums, nämlich in der dauernden Unmöglichkeit, die Sache noch bestimmungsgemäß verwenden zu können.

Ist somit z.B. die sorgfältige Behandlung der fremden Sache im allgemeinen Ausdruck der Anerkennung des fremden Rechts ⁴⁸⁾, der völlige Entzug der Verwendungsmöglichkeit dagegen objektiv eine Verneinung dieses Rechts, so ist im folgenden auf die Fälle einzugehen, die zwischen diesen Extremen liegen. Hier gilt es, zwischen Zueignung und bloßem furtum usus eine Grenze zu ziehen, d.h. festzustellen, wann die Beeinträchtigung der Möglichkeit des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, ein solches Maß erreicht, daß nicht mehr nur strafloser unbefugter Gebrauch, sondern strafbare Zueignung anzunehmen ist. Freilich stellt bereits jeder unbefugte Gebrauch eine solche Beeinträchtigung dar, denn solange dem Eigentümer die Sache entzogen ist, kann er sie z.B. nicht nutzen und der unbefugte Gebrauch wird darüber hinaus in der Regel auch eine mehr oder weniger starke Abnutzung der Sache bewirken. Hat aber der Gesetzgeber das furtum usus nicht als einen Fall der Zueignung bestimmt ⁴⁹⁾, so hat er auch bewußt in Kauf genommen, daß gewisse Beeinträchtigungen der Möglichkeit, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, noch keine "Enteignung" des Eigentümers darstellen und somit strafrechtlich irrelevant sind.

48) Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen der sorgfältige Gebrauch der fremden Sache durchaus nicht Ausdruck der Anerkennung des fremden Rechts ist: Wer die fremde Sache dauernd für sich behalten will, wird nämlich regelmäßig ein Interesse an einer langen Lebensdauer derselben haben und sie daher sorgfältig behandeln.

49) Vgl. oben, S. 55 und dort Anm. 38.

Das kann jedoch nur so lange gelten, als die Beeinträchtigung, die die "Verwendungsmöglichkeit" der Sache erfährt, in Grenzen bleibt. Wird durch den unbefugten Gebrauch diese Verwendungsmöglichkeit derart beeinträchtigt, daß der Eigentümer die Sache auch nur für bestimmte Zwecke ⁵⁰⁾ nicht mehr gebrauchen kann, so hat die "Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit" der Sache einen Grad erreicht, von dem an nicht mehr nur von einer Mißachtung, sondern bereits von einer Leugnung der Eigentümerposition gesprochen werden muß. Es handelt sich dann um eine wesentliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendungsmöglichkeit der Sache und damit um eine "Enteignung". Dabei wird deutlich, daß als Abgrenzungskriterium zwischen Zueignung und furtum usus auch in diesen Fällen wiederum das Dauermoment heranzuziehen ist. "Wesentlich" ist die Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit nämlich erst dann, wenn der Eigentümer die Sache in einer bestimmten Weise nicht mehr verwenden kann, wenn ihr folglich eine Funktion völlig, also "dauernd", entzogen ist ⁵¹⁾.

Wird somit der Eigentümer durch die Verneinung seines Eigentumsrechts wie auch durch die wesentliche Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit seiner Sache "enteignet", so fragt es sich schließlich, wie die Fälle zu beurteilen

50) Diese "Zwecke" müssen allerdings der Sache objektiv innewohnen. Außer Betracht haben folglich solche Zwecke zu bleiben, die der Eigentümer der Sache entgegen den objektiven Anschauungen des täglichen Lebens rein subjektiv beimißt. Insoweit ist es hier auch gerechtfertigt, von einer "bestimmungsgemäßen Verwendungsmöglichkeit" der Sache zu sprechen.

51) Bei der Beurteilung jedes einzelnen Falles danach, ob die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit entscheidend beeinträchtigt ist, ist stets zunächst die jeweilige Verwendungsmöglichkeit der Sache zu bestimmen. Sie wird oft nur generell festzustellen sein: Z.B. ist die Verwendungsmöglichkeit eines Buches, gelesen zu werden. In anderen Fällen kann sie jedoch näher bestimmt werden: Z.B. ist ein neues Kleid als "Sonntagskleid", ein ganz altes nur noch als "Putzkleid" getragen zu werden bestimmt. Vgl. insbesondere auch unten, S. 150 ff.

sind, in denen die Sache zwar erhalten bleibt, das Eigentumsrecht des Berechtigten aber vernichtet wird ⁵²⁾.

Bedeutet diese Vernichtung des Eigentumsrechts immer auch eine dauernde Leugnung der Eigentümerposition?

Bei der Veräußerung der Sache an einen gutgläubigen Dritten ist diese Frage ohne weiteres zu bejahen: Denn im Verfügen über die fremde Sache liegt regelmäßig bereits eine Leugnung des Eigentumsrechts in der Weise begründet, daß der Täter dieses Recht dem Eigentümer ausdrücklich oder konkludent durch seine Handlung abspricht. Anders könnte jedoch in den Fällen des § 950 BGB zu entscheiden sein. Ist eine "Enteignung" anzunehmen, wenn der Täter z.B. Mehl entwendet, um einige Tage später das exquisite Feingebäck, das er aus Backleidenschaft aus dem Mehl gebacken hat, zurückzubringen, oder wenn er die Leinwand entwendet, um alsbald ein schönes Gemälde beim ehemaligen Eigentümer (§ 950 BGB!) abzuliefern usw.? Die Tatsache, daß hier sowohl das Eigentumsrecht untergeht als auch die Sache vielfach völlig verändert wird, könnte in besonderem Maße für eine "Enteignung" sprechen. In der Tat wird in diesen Fällen die Verwendungsmöglichkeit der Sache oft wesentlich beeinträchtigt sein. So läßt sich das Gebäck, mag es auch überaus kostbar sein, nicht in Mehl zurückverwandeln, welches z.B. zum Backen von Brot bestimmt war. Eine "Enteignung" ist hier somit im Ergebnis zu bejahen, obwohl objektiv eine Wertsteigerung der Sache eingetreten ist. Daß in diesen Fällen jedoch nicht der Verlust des Eigentumsrechts das entscheidende "Enteignungskriterium"

52) Eine Vernichtung des Eigentumsrechts ist auf verschiedene Weise möglich. Die völlige Vernichtung der Sache (Verbrauch, Verzehr) stellt die intensivste Form dar. Hier wird sowohl das Eigentumsrecht als auch die Sache selbst vernichtet. Ansonsten kommen in Betracht: Verfügungen des Täters zugunsten gutgläubiger Dritter (§§ 932, 935 BGB) oder Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung der Sache gem. §§ 947, 948, 950 BGB.

derstellen kann, sondern vielmehr nur auf die wesentliche Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit der Sache abzustellen ist, mag folgendes Beispiel verdeutlichen: Entwendet der Täter dem Kunstschmied einen Klumpen Bronze und stellt daraus ein Kunstwerk her, das er von vornherein dem Schmied wieder zustellen will, so erlangt der Täter gemäß § 950 BGB zwar auch Eigentum an dem Grundstoff - und der Berechtigte verliert es incidenter -, dennoch wird die Verwendungsmöglichkeit der Sache nicht wesentlich beeinträchtigt: wie zuvor den Klumpen Bronze, so kann der Schmied nunmehr ebensogut das Kunstwerk einschmelzen! Hier ist im Ergebnis nur ein *furtum usus* anzunehmen; denn aus der Handlung des Täters ergibt sich auch keine auf Dauer gerichtete Verneinung des Eigentumsrechts. Wenn hier dennoch das Eigentumsrechts des Berechtigten untergeht, so ist das für den Täter lediglich eine unerwünschte gesetzliche Folge 53).

Zusammenfassend läßt sich somit das negative Zueignungselement als die auf Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten bestimmen. Dabei kann die "Enteignung" in einer ausdrücklichen oder konkludenten Verneinung des Eigentumsrechts liegen oder aber in einer wesentlichen Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendungsmöglichkeit der Sache. Im letzteren Falle ist die Beeinträchtigung bereits dann "wesentlich", wenn die Sache eine ihr objektiv innewohnende Funktion eingebüßt hat.

-
- 53) Der nach rein objektiven Gesichtspunkten erfolgende Eigentumserwerb nach den §§ 946 ff. BGB bezweckt allein die Lösung eines Interessenkonfliktes zwischen mehreren Stoffeigentümern bzw. zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter. Daraus, daß sich der Gesetzgeber für die in den §§ 946 ff. BGB festgelegte Lösung dieses Konflikts entschieden hat, kann jedoch für die Zueignungsdelikte nicht gefolgert werden, daß eine Rechtsänderung nach diesen Vorschriften zugleich eine "Enteignung" bedeuten muß. Die Anerkennung des fremden, aber tatsächlich nicht mehr bestehenden Eigentumsrechts ist vielmehr gerade das Gegenteil der Verneinung des bestehenden Rechts.

b) Das positive Zueignungselement

Die der "Enteignung" logisch - wenn auch nicht zeitlich - folgende zweite Zueignungskomponente, die "Aneignung", soll im folgenden näher untersucht werden. Daß sich der Zueignungsbegriff nicht in der Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten erschöpft, sondern daß vielmehr ein weiteres Zueignungselement hinzukommen muß, damit von einer Zueignung gesprochen werden kann, wurde bereits oben ⁵⁴⁾ dargelegt. Gegenüber dem ersten, negativen Zueignungselement ist dieses zweite nun deshalb ein "positives", weil hier auf die Bejahung einer irgendwie gearteten Pseudo-Eigentümerstellung des Täters zur fremden Sache abzustellen ist, während die "Enteignung" nur die Verneinung der Rechtsstellung des Berechtigten betrifft.

Bei der Frage nach der Art dieses Verhältnisses, das der Täter zur Sache herstellen muß, damit das positive Zueignungselement erfüllt ist, empfiehlt sich auch hier wiederum eine Anknüpfung an die zivilrechtlichen Vorschriften über den Inhalt und den Erwerb des Eigentums. Weist doch der Begriff "Zueignung" bereits vom Sprachgebrauch her eher auf die "Aneignung" als auf die "Enteignung" hin ⁵⁵⁾. Ist aber darüber hinaus auch die Herkunft des Begriffs "Aneignung" vom zivilrechtlichen Aneignungsbegriff nicht zu bestreiten, so bieten sich für eine nähere Bestim-

⁵⁴⁾ Vgl. oben, S. 41.

⁵⁵⁾ Es würde aber zu Begriffsverwischungen Anlaß geben und auch im Widerspruch zum Wortlaut der §§ 242, 246 StGB stehen, wollte man die "Aneignung" als den Oberbegriff ansehen, die "Enteignung" und die "Zueignung" dagegen als deren negative und positive Bestandteile. So aber Jagusch, LK, Bem. D IV 2 vor § 242; es spricht aber einiges dafür, daß hier nur ein Redaktionsfehler unterlaufen ist, zumal zuvor (Bem. D IV vor § 242) die Zueignung als Oberbegriff angesehen wird.

mung des positiven Zueignungselements die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Aneignung an. Wie sich aus § 958 BGB ergibt, bezeichnet die Aneignung in diesem Sinne aber den Eigentumserwerb an einer herrenlosen Sache, also einer Sache, an der eine strafrechtliche Zueignung gerade nicht möglich ist. Das steht jedoch einer Ableitung der "Aneignung" von dieser Vorschrift nicht entgegen; im Gegenteil: Stellt man sich nämlich die fremde Sache als durch die "Enteignung" quasi-herrenlos geworden vor, so ist es naheliegend, die zweite Zueignungskomponente mit einem dem zivilrechtlichen Aneignungsbegriff analogen Inhalt auszufüllen. Der durch die "Enteignung" geschaffene Zustand der Sache ist dann mit demjenigen einer derelinquierten Sache vergleichbar, wobei freilich zu berücksichtigen ist, daß eine Dereliktion hier nicht vorliegt, die Sache vielmehr gerade gegen den Willen des Eigentümers in diesen quasi-herrenlosen Zustand versetzt wird. Dabei ist auch dieser Zustand nicht zeitlich faßbar, sondern bildet lediglich eine "logische Sekunde" zwischen den beiden Zueignungselementen.

Entsprechend der zivilrechtlichen Definition müßte der "Aneignungsakt" nunmehr darin bestehen, daß der Täter die Sache in Eigenbesitz nimmt (§ 958 Abs.1 BGB), sie also fortan als ihm gehörend besitzt (§ 872 BGB), somit wie ein Eigentümer über sie herrscht. In der Tat wird das positive Zueignungselement im Schrifttum zum Teil auch auf diese Weise bestimmt, wobei allerdings die Definitionen im einzelnen verschieden formuliert werden, im Ergebnis aber doch im allgemeinen übereinstimmen⁵⁶⁾.

56) Binding, S.268: "Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses zum Zweck einer der Eigenschaftsausübung analogen Behandlung der Sache". Eser, JuS 1964, S.479: "Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters". Gribbohm, JuS 1963, S.106: "Gewinnung für sich." Jagusch, LK, Bem. D IV 2 vor § 242: "Herrschaftsbetätigung im Sinne einer tatsächlichen Herrenstellung zur Sache, die der vollständigen Verfügungsgewalt des Täters unterworfen wird." Forts. S. 66.

Soweit die Betonung aber allein auf die Ausübung einer Quasi-Eigentümerstellung durch den Täter gelegt wird, ist die Bestimmung der "Aneignung" zu weit: Die Sachbeschädigung bzw. Sachzerstörung etwa könnte in diesem Fall ohne größere Schwierigkeiten als "Aneignung" angesehen werden; denn der Eigentümer kann vermöge seiner "Stellung" ohne weiteres auch seine Sache vernichten ⁵⁷⁾. Dennoch ist diese ausschließlich dem Eigentümer zustehende Handlungsweise gerade keine "Aneignung". Wie bereits oben gezeigt wurde ⁵⁸⁾, kann man die Sachzerstörung vielmehr eher als die intensivste Form der "Enteignung" ansehen. Entspricht aber die Bezeichnung der ersten Zueignungskomponente als "negativ" der vollständigen Verneinung der Eigentümerposition, so wird deutlich, daß auch der Bezeichnung "positives" Zueignungselement eine entsprechend umgekehrte Bedeutung zukommen muß. Es muß also der Verneinung jener Position des Eigentümers sozusagen als Gegenstück die Bejahung eines solchen Verhältnisses des Täters zur Sache entsprechen. Diesem Erfordernis wird auch von den Definitionen Rechnung getragen, die die "Aneignung" als die Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters betrachten ⁵⁹⁾. Wer aber eine Sache zerstört, der verleibt sie nicht seinem Vermögen ein; vielmehr sind Einverleibung und Vernichtung sich widersprechende Begriffe: Die dem Vermögen einverleibte Sache soll fortan

56) Forts. von S.65: Schaffstein, GA 1964, S.101:
"Eigennutzung der Sache, Einverleibung in das eigene Vermögen."

57) Anders allerdings Binding, S.268; vgl. auch oben S. 44 und dort Anm.13.

58) Vgl. oben, S. 44.

59) Vgl. oben, S. 65 und dort Anm.56.

Bestandteil dieses Vermögens sein⁶⁰⁾. Muß der Täter folglich ein Verhältnis zur Sache begründen, aus dem sich seine "positive" Einstellung zu ihr ergibt, so fragt es sich nunmehr, wie dieses Verhältnis beschaffen sein muß, wann insbesondere der Täter "wie ein Eigentümer über die Sache herrscht" bzw. sie seinem "Vermögen einverleibt". Die Antwort hierauf fällt um so schwerer, als eine klare Grenze zwischen Handlungen, die eine Ausübung der Eigentümerstellung über eine Sache darstellen, und Handlungen, bei denen das nicht der Fall ist, weder objektiv vorhanden ist, noch allgemeiner Verkehrsanschauung entnommen werden kann. Fraglos gibt es eine große Anzahl von Fällen, bei denen niemand an einer "Aneignung" in diesem Sinne zweifeln würde. So wird derjenige, der über eine Sache als Eigentümer

60) Soweit in diesem Zusammenhang jedoch vom "Vermögen" die Rede ist, müssen Bedenken angemeldet werden. Versteht man nämlich unter "Vermögen" in diesem Sinne im Hinblick auf den herrschenden strafrechtlichen Vermögensbegriff die Gesamtheit der wirtschaftlichen (sprich: geldwerten) Güter einer Person, so besteht bei der Begriffsbestimmung der "Aneignung" als der Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters die Gefahr einer Schlußfolgerung dahin, daß nur geldwerte Sachen "angeeignet" und damit zugeeignet werden könnten. Da Zueignungsobjekt aber die Sache schlechthin ist, unabhängig davon, ob ihr ein wirtschaftlicher Wert immanent ist oder nicht, ist der hier aufgezeigten Gefahr zu begegnen. Nicht von ungefähr handelt es sich nämlich bei den Autoren, die einen derartigen "Aneignungsbegriff" vertreten, regelmäßig um Befürworter der Sachwerttheorie (wenngleich in der Form der Kombinationstheorie). Dennoch könnte man hier unbedenklich von "Vermögen" sprechen, wenn man diesen Begriff nicht im technischen Sinne verstehen würde, sondern vielmehr im Sinne der Gesamtheit aller Güter schlechthin; auch der früher im Strafrecht vertretene sog. juristische Vermögensbegriff (vgl. Binding, S. 238) würde in diesem Zusammenhang zu keinen Bedenken Anlaß geben. Da es bei der Bestimmung des Zueignungsbegriffs aber um eine Definition im Rahmen des Strafrechts geht, empfiehlt es sich, hierbei den Begriff "Vermögen" zu vermeiden.

verfügt oder sich anderen gegenüber als Eigentümer aus-
gibt, unbedenklich als Quasi-Eigentümer anzusehen sein.
Aber bereits bei der Beurteilung des bestimmungsgemäßen
Gebrauchs einer Sache ergeben sich insoweit Bedenken. Es
gibt Sachen, die nach allgemeiner Verkehrsanschauung nur
der Eigentümer gebraucht, deren Gebrauch folglich eindeutig
eine "Aneignung" darstellen würde, wie z.B. das Tragen
bestimmter Kleidungsstücke. Es gibt aber ebensogut Sachen,
deren Gebrauch kein eindeutiger Erklärungswert in dieser
Hinsicht zukommt: Wer mit einem Kraftfahrzeug eine kurze
Fahrt macht, wird allgemein weder als Eigentümer des Wagens
betrachtet, noch wird die Möglichkeit, daß er Eigentümer
ist, ausgeschlossen. Sein Verhalten ist insoweit indiffe-
rent. Kann deshalb aber z.B. erst ein längerer Gebrauch
dieses Fahrzeugs "Aneignung" sein?

Hiermit ist bereits ein Hauptproblem des positiven Zueig-
nungselements angesprochen: Muß die "Aneignung" ebenso wie
die "Enteignung" eine dauernde sein, muß also der Täter
eine auf Dauer gerichtete Quasi-Eigentümerstellung be-
gründen?

Diese Frage wird von der herrschenden Meinung in der
Rechtsprechung und im Schrifttum verneint ⁶¹⁾. Demgegenüber
verlangt z.B. GALLAS ⁶²⁾, daß auch die "Aneignung" auf Dauer
gewollt sein müsse, sei es, daß die Sache dauernd beim
Täter bleiben solle, oder sei es, daß der Täter sie einem
Dritten weitergebe, damit dieser sie behalte. 'Ein durch
dauernde Enteignung qualifizierter Fall des furtum usus
aber sei kein Diebstahl.'

61) Vgl. BGHSt 5/206; 16/190; GA 1960, S.82; Welzel, S.303;
Maurach, S.199; Schaffstein, GA 1964, S.101, GS 103,
S.294; Wessels, NJW 1965, S.1155, JZ 1965, S.633; Schönke-
Schröder, § 242 Anm.51.

62) Niederschr. Bd. 6, S.101. Vgl. auch Rudolphi, GA 1965,
S.50: "Die Auffassung, daß eine Zueignung bereits dann
vorliege, wenn mit der dauernden Enteignung des Berech-
tigten eine vorübergehende Aneignung der Sache durch den
Täter verbunden sei, ist in solcher Allgemeinheit unzu-
treffend." Forts. S.69.

Für die Erforderlichkeit des Dauermoments innerhalb der positiven Zueignungskomponente spräche es in der Tat, wollte man mit GALLAS " einen durch dauernde Enteignung qualifizierten Fall des furtum usus" nicht als Zueignung ansehen.

Zweifelhaft erscheint aber, ob eine Gebrauchsanmaßung unter auf Dauer gerichteter Verneinung der Eigentümerposition des Berechtigten möglich ist. Die Gebrauchsanmaßung zeichnet sich nämlich gerade dadurch aus, daß der Täter den Eigentümer nicht auf Dauer "enteignen" will; vielmehr soll der Berechtigte die Sache nach vorübergehendem Gebrauch durch den Täter zurückerhalten: Die Eigentümerposition des Berechtigten wird nicht dauernd geleugnet, sondern diesem wird nur die tatsächliche Herrschaft über die Sache für gewisse Zeit entzogen. Auch GALLAS scheint für den Regelfall diese Bestimmung der Gebrauchsanmaßung nicht angreifen zu wollen, wie sich daraus ergibt, daß er eine Gebrauchsanmaßung unter dauernder "Enteignung" des Berechtigten als einen "qualifizierten Fall" des furtum usus, also eben nicht als Normalfall sieht. Ein auf diese Weise "qualifizierter" Gebrauchsdiebstahl ist aber kein furtum usus mehr! Die bloße Gebrauchsanmaßung kann nämlich nicht losgelöst von der Einstellung des Täters zur Eigentümerstellung des Berechtigten lediglich in einem vorübergehenden Gebrauch der Sache gesehen werden; vielmehr wird die Sache nur als "fremde", nämlich als die des Berechtigten behandelt, also in grundsätzlicher Anerkennung dessen Eigentümerposition gebraucht. Das Fehlen des negativen Zueignungselements ist folglich eine

62) Forts. von S.68: Wie Gallas anscheinend auch Bockelmann, Niederschr. Bd. 6, S.103: " In der Frage des Zueignungsbegriffs denke ich eher wie Herr Gallas". Vgl. ferner Nagler, LK, 6.,7. Aufl., Bem. V 2 B d vor § 242.

unverzichtbare Voraussetzung für das *furtum usus*, das daher nur dann vorliegt, wenn der Wille des Täters darauf gerichtet ist, die Sache nach vorübergehendem Gebrauch dem rechtmäßigen Eigentümer zurückzugeben, wenn also "die dem Eigentümer zugefügte Beeinträchtigung über die Entziehung der vorübergehenden Gebrauchsmöglichkeit nicht hinausgehen" soll ⁶³⁾. Gibt es somit keinen durch dauernde "Enteignung" qualifizierten Fall des *furtum usus*, weil sich beide Begriffe gegenseitig ausschließen, so kann das Erfordernis eines Dauermoments innerhalb der positiven Zueignungskomponente auch nicht mit dieser Ansicht GALLAS' begründet werden.

Andererseits ist damit jedoch noch nicht gesagt, daß die "Aneignung" nicht auf eine gewisse Dauer gerichtet sein müsse. Vielmehr könnte man aus dem zuweilen zur Bezeichnung des positiven Zueignungselements verwendeten Begriff "Einverleibung" entnehmen, daß unter "Aneignung" eine auf Dauer gerichtete Einbeziehung der fremden Sache in das Vermögen des Täters verstanden werden soll ⁶⁴⁾.

Daß der längere Gebrauch einer fremden Sache unter auf Dauer gerichteter Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten eine Zueignung ist, kann aber schlechthin nicht bestritten werden. Wer folglich eine Sache entwendet, um sie für sich zu gebrauchen und sie später, nachdem sie für ihn uninteressant geworden ist, zu vernichten bzw. wegzuworfen, begeht fraglos einen Diebstahl. Die erforderliche Zueignungsabsicht setzt sich dabei zusammen aus dem negativen Element, dem Eigentümer die Sache dauernd vorzu-

63) So mit Recht Schröder, JR 1964, S.229. Im Ergebnis ebenso: Schönke/Schröder, § 242, Anm.51; Jagusch, IK, Bem. D V 2 c vor § 242; Kohlrausch-Lange, § 242, Anm. III 2 b; Wessels, NJW 1965, S.1155. Besonders deutlich hebt Schaffstein, GA 1964, S.101 die Tatsache hervor, daß die Abgrenzung der Zueignung vom *furtum usus* kein Problem des positiven Zueignungselements ist, sondern daß sich die Zueignung gerade durch ihre negative Seite vom *furtum usus* abhebt.

64) Vgl. oben, S. 65 und dort Anm.56.

enthalten, und dem positiven Element, die Sache für sich zu gebrauchen. Andererseits liegt aber eine Zueignung nicht vor, wenn der Täter die Sache entwendet, um sie sofort zu zerstören: Hier fehlt es am positiven Zueignungselement.

Zwischen diesen beiden eindeutigen Fällen, in denen einmal eine "Aneignung" unstreitig vorliegt, zum anderen aber ebenso unstreitig fehlt, sind jedoch Fallgestaltungen denkbar, bei denen die Annahme oder Ablehnung der positiven Zueignungskomponente nicht so unzweifelhaft ist, in deren Bereich also auch die Grenze zwischen der bloßen "Enteignung" in ihren verschiedenen Erscheinungsformen und der Zueignung zu suchen ist. So kann zwischen der Entwendung der fremden Sache und ihrer beabsichtigten Zerstörung oder endgültigen Entziehung (z.B. Verstecken) ein Zeitraum liegen, in welchem der Täter notwendigerweise einen bestimmungsgemäßen Gebrauch von der Sache machen muß: Wer z.B. aus Haß oder Neid das fremde Kraftfahrzeug dadurch zu zerstören beabsichtigt, daß er es in einem wenige Kilometer entfernten Fluß oder See versenken will, muß das Fahrzeug zwangsläufig zunächst für kurze Zeit bestimmungsgemäß benutzen, um an den Fluß bzw. den See zu gelangen. Ebenso muß derjenige mit dem fremden Wagen eine gewisse Strecke zurücklegen, der ihn an einem für den Eigentümer unauffindbaren Ort verstecken will, etwa in der Absicht, die Reisepläne des Eigentümers zu durchkreuzen. Auch diese Sachentziehung stellt wie die Sachvernichtung keine Zueignung dar, mag sie auch auf Dauer gewollt sein; es fehlt hier ebenfalls das positive Zueignungselement.

Diese Beispiele machen deutlich, daß die Bestimmung der positiven Zueignungskomponente kein Abgrenzungsproblem der Zueignung vom furtum usus, sondern der Zueignung von der Sachbeschädigung und der de lege lata straflosen Sachentziehung darstellt. In ihrer objektiven Erscheinungsform können die genannten Fälle mit dem Fall völlig identisch sein, daß der Täter das fremde Fahrzeug entwendet, um es ...

für eine bestimmte Fahrt zu nutzen und es dann irgendwo abzustellen. Zum Beispiel: A und B entwenden je ein fremdes Kraftfahrzeug, A, um es im Wald zu verstecken, B, um in den Wald zu fahren und dort Pilze zu suchen. Beide Täter benutzen denselben Weg und lassen die Wagen schwer auffindbar im Wald stehen ⁶⁵⁾.

Wenn die herrschende Meinung im Schrifttum und in der Rechtsprechung beide Fälle dennoch verschieden bewerten und im ersteren nur eine Sachentziehung, im zweiten dagegen Diebstahl annehmen würde ⁶⁶⁾, so mag das auf den ersten Blick überraschen. RUDOLPHI ⁶⁷⁾ würde sich hier wohl nicht der herrschenden Meinung anschließen, sondern eine Zueignung auch im zweiten Fall verneinen. Freilich kann seine Begründung nicht überzeugen, wenn er das positive Zueignungselement deshalb ablehnt, weil sich der Täter hier nur " für kurze Zeit ein Benutzungsrecht anmaße, nicht jedoch eine eigentumsgleiche Herrschaft" ausübe. Damit ist die "Aneignung" nämlich nicht hinreichend bestimmt; allenfalls könnte man den Ausführungen RUDOLPHIS entnehmen, daß er auch innerhalb der positiven Zueignungskomponente ein gewisses Dauermoment verlangt. Wenn er in diesen Fällen aber

65) Dieser Fall ließe sich ebensogut dahin abwandeln, daß A zum See fährt, um das Kraftfahrzeug zu versenken, B aber um zu fischen und anschließend den Wagen (z.B. zur Spurenbeseitigung) ebenfalls zu versenken.

66) Der BGH hat z.B. eine Zueignung in dem Fall bejaht, in welchem der fliehende Gefangene dem Wärter den Schlüssel entwendet, um diesen nach Öffnen der verschiedenen Gittertüren wegzuerwerfen. (MDR 1960, S.689) Vgl. auch OLG Köln, NJW 1950, S.959: Rechtskandidat entwendet Personakten, liest sie und verbrennt sie dann. OLG Hamburg, MDR 1954, S. 697: Fetischist entwendet Schlüpfer, um ihn nach Selbstbefriedigung wegzuerwerfen. OLG Celle, NdsRpfl. 1964, S.72: Täter entwendet Brief, um ihn nach Einsichtnahme zu vernichten. Vgl. ferner Maurech, S.199; Schröder, JR 1964, S.266.

67) GA 1965, S.50.

anstelle der Zueignung " ein furtum usus und eine sich anschließende Sachbeschädigung" bzw. Sachentziehung annimmt, so verkennt er ebenso wie GALLAS ⁽⁶⁸⁾, daß sich das furtum usus und die "Enteignung" gegenseitig ausschließen. Ein furtum usus mit anschließender Sachbeschädigung bzw. Sachentziehung ist zwar begrifflich denkbar und kommt auch praktisch nicht selten vor; es handelt sich dabei aber nicht um die hier fraglichen Fallgestaltungen, sondern um den Fall, daß der Täter die fremde Sache in der Absicht wegnimmt, sie nach Gebrauch dem Eigentümer wieder zuzustellen, daß er es sich aber nach Gebrauch doch anders überlegt und die Sache nunmehr zerstört, wegwirft oder versteckt.

Aus den angeführten Beispielen kann zur näheren Bestimmung des positiven Zueignungselements jedoch die Tatsache hergeleitet werden, daß ein für die Zerstörung oder Entziehung der Sache notwendiger - wenn auch bestimmungsgemäßer - Gebrauch dieser Sache für die "Aneignung" nicht ausreicht. Ein derartiger Gebrauch ist vielmehr richtigerweise noch ein Element der "Enteignung", nämlich das notwendige Mittel zu ihrer Verwirklichung. Mag auch das äußere Erscheinungsbild eines solchen "Enteignungsakts" mit dem eines Zueignungsakts übereinstimmen, so liegt doch ein entscheidender Unterschied in der jeweiligen subjektiven Einstellung des Täters: Der für die Vernichtung oder Entziehung der Sache erforderliche Gebrauch erfolgt unter Verneinung der Eigentümerposition des Berechtigten und in dieser Verneinung erschöpft sich die subjektive Einstellung des Täters zu seiner Handlung. Über diese "Enteignung" hinaus ist aber für die Zueignung eine "positive" Einstellung des Täters zur Sache erforderlich: Der auch nur vorübergehende Gebrauch der Sache muß zumindest einen irgendwie gearteten Nutzeffekt für den Täter haben, um "Aneignung" zu sein. Wie sich aus einem Vergleich der

(68) Niederschr. Bd. 6, S.101.

beiden angeführten Beispiele ergibt, kann es sich hierbei aber nur um einen Nutzen im weitesten Sinne handeln, der sich negativ formulieren läßt als eine Nutzung, die nicht unbedingt notwendig ist für die anschließend vorgenommene Zerstörung oder endgültige Entziehung der Sache. Daß diese Nutzung in einem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache besteht, ist dabei nicht erforderlich⁶⁹⁾.

Stellt somit bereits der vorübergehende Gebrauch einer Sache dann eine "Aneignung" dar, wenn er nicht ausschließlich für die beabsichtigte Zerstörung oder Entziehung der Sache notwendig ist, so bedarf dieser Grundsatz jedoch in den Fällen einer Einschränkung, in denen der Täter zwar nur die Zerstörung oder Entziehung der Sache beabsichtigt, in denen er aber z.B. aus Spaß, Neugier usw. die Sache vor der Zerstörung bzw. Entziehung noch einmal "probieren" will.

Eignet sich z.B. derjenige die Pistole zu, die er dem Eigentümer entwendet hat, um sie zu zerstören, wenn er unmittelbar vor der Vernichtung aus Spaß das Magazin leer schießt? Oder eignet sich derjenige den Ring zu, den er entwendet hat, um ihn für den Eigentümer unauffindbar zu verstecken, wenn er den Ring vor der endgültigen Entziehung einmal probeweise ansteckt? In beiden Fällen wäre der Gebrauchsakt zweifellos nicht zur Erreichung des Endziels erforderlich. Dennoch wäre es unrichtig, in diesen Fällen das positive Zueignungselement zu bejahen. Vielmehr sind auch diese Handlungen wie der für die Zerstörung oder Entziehung der Sache notwendige Gebrauch nur Reflexe des negativen Zueignungselements. Soweit dabei ein für die

69) Wer z.B. bei einem Bauern ERwaren stiehlt und die dort zum Trocknen hängende Wäsche ebenfalls entwendet, um damit die ERwaren einzuwickeln und transportabel zu machen, eignet sich auch die Wäschestücke zu, obwohl er sie von vornherein zu Hause verbrennen will: Der keineswegs "bestimmungsgemäße" Gebrauch ist dennoch "Aneignung". Daher ist auch der "Fetischistenfall" des OLG Hamburg im Ergebnis richtig gelöst worden; vgl. oben, S. 72, Anm. 66.

"Enteignung" nicht unbedingt erforderlicher Nutzeffekt in Erscheinung tritt, ist er dem "Enteignungsakt" völlig untergeordnet und nur bei dessen Gelegenheit erfolgt. Freilich ist auch in diesen Fällen nur die subjektive Einstellung des Täters zu seiner Handlung das einzig mögliche Abgrenzungskriterium zwischen Zueignung und Sachbeschädigung bzw. Sachentziehung. Doch ist es hier relativ einfach, den Willen des Täters anhand objektiver Indizien zu erforschen ⁷⁰⁾.

Ist folglich der vorübergehende Gebrauch einer Sache, abgesehen von den Fällen, in denen er lediglich einen Reflex der "Enteignung" darstellt, für das positive Zueignungselement ausreichend, so ist damit gleichzeitig festgestellt, daß für die Zueignung eine "Eigentumsverschiebung" in dem Sinne nicht erforderlich ist, daß die "Aneignung" die Kehrseite der "Enteignung" sein, folglich erstere wie letztere auch auf Dauer gerichtet sein müsse ⁷¹⁾. Es kann deshalb auch RUDOLPHI nicht gefolgt werden, wenn er "den dauernden Ausschluß des Berechtigten gerade durch die positive Ausübung der Eigentümerbefugnisse bewirkt" sehen will ⁷²⁾. Wäre diese Ansicht richtig, so könnte in der Tat der vorübergehende Gebrauch einer Sache niemals Zueignung sein, da durch ihn allein "dem Eigentümer nicht die Herrschaftsbefugnisse auf Dauer entzogen" würden, dies vielmehr erst

70) So werden Gebrauchsakte, die unmittelbar vor Zerstörung bzw. Entziehung der Sache stattfinden, regelmäßig dann nicht auf eine Zueignung schließen lassen, wenn sie z.B. bei der Entwendung der Sache ganz offensichtlich nicht von der Absicht des Täters umfaßt waren und darüber hinaus dem Täter auch keinen Nutzen im weitesten Sinne gebracht haben.

71) So aber ausdrücklich Rudolphi, GA 1965, S.50, wonach sich der Täter zwar für kurze Zeit ein Benutzungsrecht, nicht jedoch eine eigentumsgleiche Herrschaft anmaßt.

72) Rudolphi, GA 1965, S.50 f.

durch die anschließende Zerstörung bzw. Entziehung der Sache geschähe ⁷³⁾.

Es soll in diesem Zusammenhang nicht verkannt werden, daß das von RUDOLPHI geforderte Dauermoment bei der "Aneignung" einer objektiven Bestimmung des Zueignungsbegriffs entgegenkäme und somit die Abgrenzung der Zueignungsdelikte von der Gebrauchsanmaßung und der Sachbeschädigung in concreto erleichtern würde: Wer nämlich das fremde Kraftfahrzeug zu einer unbefugten Fahrt benutzt und es danach zerstört, begeht aus der Sicht eines objektiven Beobachters auf jeden Fall einen Gebrauchsdiebstahl des Fahrzeugs (§ 248 b StGB) und eine Sachbeschädigung. Daß aber eine solche Betrachtungsweise, abgesehen von ihrer bereits oben ⁷⁴⁾ aufgezeigten systematischen Unrichtigkeit, auch kriminalpolitisch zu außerordentlich unbilligen Ergebnissen führen kann, hat mit Recht BALDUS⁷⁵⁾ hervorgehoben. Er verweist dabei vor allem auf Diebesbanden, die für ihre Spritzfahrten von Tatort zu Tatort fremde Kraftfahrzeuge benutzen und diese dann irgendwo stehen lassen, um in andere Wagen " umzusteigen". Diese Taten haben durchaus den Unrechtsgehalt des Diebstahls und sind gerade des besonderen Allgemeininteresses an ihrer Strafverfolgung wegen auch wie der Diebstahl zu

73) Aufgrund dieser Konstruktion der Zueignung kommt Rudolphi dann folgerichtig zu dem Ergebnis, daß in den Fällen, in denen der Täter Sachen wegnimmt, um sie vorübergehend zu gebrauchen und dann zu vernichten, keine Zueignung, sondern lediglich Sachbeschädigung gegeben ist und bei Kraftfahrzeugen und Fahrrädern daneben § 248 b StGB.

74) Vgl. oben, S. 68 ff.

75) Niederschr.Bd. 6, S. 102; wie Baldus auch Welzel,aaO.

verfolgen 76).

Um aber zu einer systematisch richtigen - und darüber hinaus im Ergebnis auch kriminalpolitisch erforderlichen - Bestimmung des Zueignungsbegriffs zu gelangen, muß in Kauf genommen werden, daß in Grenzfällen zwischen der Zueignung einerseits und dem *furtum usus* bzw. der Sachbeschädigung und Sachentziehung andererseits auf die subjektive Einstellung des Täters abzustellen und diese Einstellung anhand von objektiven Indizien zu erforschen ist.

Ist somit grundsätzlich auch im nur vorübergehenden, nicht einmal bestimmungsgemäßen Gebrauch einer fremden Sache bereits eine "Aneignung" zu sehen, so muß auch die Begriffsbestimmung des positiven Zueignungselements so umfassend sein, daß sowohl die auf Dauer gerichtete Einbeziehung der Sache in das gesamte Vermögen des Täters und das Verfügen über sie als auch nur ihr vorübergehender Gebrauch unter diesen Begriff subsumiert werden können. Der sich zunächst anbietende und auch bei der Abgrenzung der "Aneignung" vom bloßen "Enteignungsreflex" bereits verwendete Begriff des "Nutzens im weitesten Sinne", wie auch die von SCHÜNKE-SCHRÖDER ⁷⁷⁾ geprägte Bezeichnung "Herbeiführung eines dem Täter nützlichen Zustandes" bergen zumindest die Gefahr in sich, als alleinige Bestimmung der "Aneignung"

76) Kriminalpolitische Erwägungen müssen zwar hinter den systematischen Begriffsbestimmungen zurückstehen und können ihre eigentliche Wirkung nur *de lege ferenda* entfalten: So kann z.B. die *de lege lata* straflose Sachentziehung nicht aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten als Sachbeschädigung oder gar Diebstahl angesehen werden. (Vgl. z.B. Schwalm, in: Kriminalpolitische Gegenwartsfragen, S. 62; Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, S. 1 f.) Dennoch ist bei Begriffsbestimmungen innerhalb des geltenden Rechts der im Gesetz zum Ausdruck kommende kriminalpolitische Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen: Er kann ohne weiteres zur Entscheidung für die eine oder andere von verschiedenen vom Gesetz gedeckten Definitionsmöglichkeiten herangezogen werden.

77) Schünke/Schröder, § 242, Anm.46.

diese nur von der wirtschaftlich-nützlichen Seite aus zu betrachten, objektiv wertlosen Sachen jedoch einen Nutzeffekt in diesem Sinne abzusprechen und sie somit nicht zu erfassen⁷⁸⁾.

Andererseits sind aber auch die überkommenen Versuche, den Begriff des positiven Zueignungselements zu bestimmen, zum großen Teil ungenau und zu formal. So kann die auch heute noch vielfach gebräuchliche Formel "se ut dominum gerere" weder die Zueignung selbst noch auch nur die positive Zueignungskomponente hinreichend umschreiben⁷⁹⁾. Denn wie ein Herr geriert sich auch, wer die fremde Sache zerstört oder sie vorübergehend gebraucht, um sie später zurückzugeben. In dieser Formel tritt folglich zum einen nicht das Dauermoment der "Enteignung" zutage, zum anderen umfaßt sie auch Fälle, die es bei der "Aneignung" gerade auszuschneiden gilt (z.B. die "Enteignungsreflexe").⁸⁰⁾

78) Einen eigentlichen Nutzen ziehen auch die Täter nicht aus ihrem Diebesgut, das sie lediglich einem (krankhaften) Stehltrieb - Kleptomanie - folgend, ungeachtet des Wertes und der Art der einzelnen Gegenstände, bei jeder sich bietenden Gelegenheit entwenden, um es zu Hause oder in einem sicheren Versteck zu horten.

79) Vgl. Kohlrausch/Lange, § 242, Anm.III 2 b; Welzel, S.302; Roxin, S.341.

80) Andere Definitionen des positiven Zueignungselements wiederum lassen nicht klar genug erkennen, daß auch der nur vorübergehende Gebrauch einer Sache, der einen Nutzen im weitesten Sinne für den Täter bedeutet, bereits eine "Aneignung" darstellt; so z.B. die Begriffe: "Begründung des Eigenbesitzes" (Schwarz/Dreher, § 242, Anm.3 A), "Annäherung einer eigentümerähnlichen Stellung" (Maurach, S.198), "Begründung einer eigentumsähnlichen Sachherrschaft" (OLG Celle, NdsRpfl. 1964, S. 72), "Herrschaftsbetätigung im Sinne einer tatsächlichen Herrenstellung zur Sache, die der vollständigen Verfügungsgewalt des Täters unterworfen wird" (Jagusch, LK, Bem. D IV 2 vor § 242). Die von Baldus (Niedersch. Bd.6, S.102) vorgeschlagene Formel "Erlangung einer Möglichkeit dauernder Verfügung über die Sache" ist andererseits zu weit, denn auch hier würden die "Enteignungsreflexe" nicht vom "Aneignungsbegriff" ausgeschlossen: Auch der Täter, der die Sache entwendet, um sie zu zerstören, erlangt doch vielfach zunächst die Möglichkeit, über sie dauernd zu verfügen!

Der "Aneignungsbegriff" läßt sich, um eindeutig zu sein, somit nur auf die Weise bestimmen, daß in der Definition dieses Begriffs sowohl die Einbeziehung der Sache in das Vermögen des Täters und das Verfügen über sie als auch die nur vorübergehende Nutzung der Sache klar zum Ausdruck gebracht werden. Angesichts der zum Teil noch viel umfangreicheren Defintionsversuche des Zueignungsbegriffs erscheint es auch sprachlich vertretbar, das positive Zueignungselement nicht durch einen einheitlichen Begriff festzulegen, sondern es unter Berücksichtigung seiner kaum unter einen Begriff faßbaren Komponenten zu bestimmen, so daß sich demnach derjenige die Sache "aneignet", der sie für sich behält, über sie zu eigenen Zwecken ⁸¹⁾verfügt

81) Daß auch das Verfügen über die Sache " zu eigenen Zwecken" des Täters erfolgen muß, leuchtet ohne weiteres ein, zumal bereits das Gesetz ein " Sich-Zueignen" verlangt. Erfolgt daher die Verfügung über die fremde Sache ausschließlich zugunsten des Eigentümers, so entfällt das positive Zueignungselement. In diesem Sinne hat bereits das Reichsgericht, RG GA 52 (1905), S. 397, entschieden und festgestellt, daß es an der Absicht rechtswidriger Zueignung fehle, wenn die weggenommene Sache nur für den Eigentümer verwandt werden soll. Anknüpfend an diese Entscheidung des Reichsgerichts hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 13.11. 1957 - 2 StR 428/57 - (mitgeteilt von Dallinger in MDR 1958, S. 139) ausgeführt: "Der Tatbestand wird nicht anders beurteilt werden können, wenn der Täter zwar nicht die weggenommene Sache unmittelbar, wohl aber eine für sie eingetauschte Sache im Interesse des Eigentümers verwenden will." Falls der Tausch für den Täter auch nicht den geringsten Nutzeffekt bewirkt, ist dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs durchaus zuzustimmen.-- Zu " eigenen Zwecken" verfügt der Täter auch dann nicht, wenn er die Sache - ohne irgendeinen Nutzeffekt seinerseits - an einen Dritten weitergibt. Vgl. insoweit BGH GA 1953, S. 83; BGH GA 1954, S.60; BayObLG. GA 1958, S. 370. Diese Fälle der ausschließlichen Drittzueignung fallen demnach nicht unter den Begriff "Sich-Zueignen". Vgl. demgegenüber aber Wachenfeld, ZStW 40, S. 324; OLG Celle, HannRPfl. 1947, S.34; OLG Braunschweig, JBl. Braunschweig 1947, S. 270; Rudolphi, GA 1965, S. 51 f.
Siehe auch unten S. 159, Anm. 15.

oder sie auch nur vorübergehend nutzt 82).

c) Ergebnis

Die hier vorgenommene Entwicklung der beiden Zueignungskomponenten hat ergeben, daß sich der auf das Zueignungsobjekt "Sache" abstellende Zueignungsbegriff zusammensetzt aus der "Enteignung" als der auf Dauer gerichteten Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten und der "Aneignung" als der Einbeziehung der Sache in das Vermögen des Täters, der Verfügung über die Sache und deren vorübergehende Nutzung. Die Zueignung selbst als die aus dem negativen und dem positiven Zueignungselement bestehende Einheit ist somit zu definieren als die Einbeziehung der Sache in das Vermögen des Täters und das Verfügen über sie sowie auch nur ihre vorübergehende Nutzung ⁸³⁾ unter auf Dauer gerichteter Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten ⁸⁴⁾.

82) Theoretisch wären auch noch solche Fälle denkbar, in denen der Täter eine Sache in der Absicht wegnimmt, sie vorübergehend lediglich "bei sich zu haben" - ohne sie irgendwie zu nutzen - und sie dann wegzuwerfen oder zu zerstören. Liegt ein Nutzen dieser Sache auch im weitesten Sinne nicht vor, so steht die auf Zerstörung oder Entziehung der Sache gerichtete Absicht des Täters derart im Vordergrund, daß auch hier nur von "Enteignungsreflexen" im obigen Sinne (vgl. S. 75 ff) gesprochen werden kann. Das in der hier vorgeschlagenen Definition verwendete Merkmal "für sich behalten" schließt aber bereits vom Wortsinn her ein solches bloßes vorübergehendes "Haben" der Sache vom "Aneignungsbegriff" aus.

83) Wobei unter "Nutzung" - wie oben dargelegt - eine solche im weitesten Sinne zu verstehen ist.

84) Dabei setzt sich die Eigentümerposition des Berechtigten zusammen aus dem Eigentumsrecht und dem Bestand der entscheidenden Verwendungsmöglichkeit der Sache (vgl. oben S. 59).

Es eignet sich somit derjenige die fremde Sache zu, der sie

unter dauernder Verneinung des Eigentumsrechts des Berechtigten oder wesentlicher Beeinträchtigung ihrer Verwendungsmöglichkeit für sich behält, über sie verfügt oder sie auch nur vorübergehend nutzt.

Mag diese Bestimmung des Zueignungsbegriffs auf den ersten Blick auch etwas zu komplex erscheinen, so muß doch berücksichtigt werden, daß eine engere Fassung dieser Definition sogleich zu Abgrenzungsschwierigkeiten der Zueignung vom furtum usus und der Sachbeschädigung bzw. Sachentziehung führen würde und damit ihren eigentlichen Sinn verlöre.

Andererseits fällt bei der hier vorgeschlagenen Definition der Zueignung auf, daß Wert-Gesichtspunkte im Sinne der Sachwerttheorie fehlen. Das beruht darauf, daß hier versucht worden ist, ausgehend vom Zueignungsobjekt "Sache" eine systematisch folgerichtige Lösung des Zueignungsproblems zu finden. Dabei war der Sachwerttheorie von vornherein die Alleingültigkeit abzusprechen, weshalb es angezeigt schien, zunächst unabhängig vom Wert der Sache das Wesen der Zueignung zu erörtern. Aber auch mit den überkommenen Definitionen der Substanztheorie hat die hier vertretene Bestimmung des Zueignungsbegriffs nur das Zueignungsobjekt als Anknüpfungspunkt gemein. Die entscheidende Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit der Sache als Komponente der "Enteignung" und die Nutzung der Sache im weitesten Sinne als Komponente der "Aneignung" füllen vielmehr diesen zwar vom Zueignungsobjekt "Sache" her entwickelten Zueignungsbegriff doch mit materiell-wirtschaftlichen Elementen aus.

Ob diese Definition der Zueignung jedoch Bestand haben kann, ob sie insbesondere Elemente der Sachwerttheorie, die ihr

an sich systemwidrig wären, auch entgegen der vor allem in der Rechtsprechung vertretenen herrschenden Meinung entgegenstehen kann, hängt entscheidend davon ab, ob es möglich ist, in der Folge die Schwierigkeiten zu beheben, die überhaupt der Anlaß zur Konstruktion der Sachwerttheorie waren: Es geht um die Frage, ob die hier entwickelte Bestimmung des Zueignungsbegriffs auf die Fälle der Zueignung von Wertpapieren, insbesondere aber von Biermarken und Sparkassenbüchern anwendbar ist.

3. Zueignung von Wertpapieren

Die überaus große Bedeutung, die die Wertpapiere bei der Bestimmung des Zueignungsbegriffs in der Vergangenheit hatten und auch heute vor allem im Schrifttum noch haben, rechtfertigt es nicht nur, sondern macht es geradezu erforderlich, auf die Zueignung der Wertpapiere besonders einzugehen und den hier entwickelten Zueignungsbegriff anhand dieser Zueignungsobjekte zu überprüfen. Hat doch die Sachwerttheorie ihre Aufnahme in die Rechtsprechung vor allem den Schwierigkeiten zu verdanken, die bis dahin einer systematisch klaren Behandlung der Zueignung gerade bestimmter Legitimationspapiere entgegenstanden ¹⁾. Wird zudem auch heute die Ansicht vertreten, daß das kriminalpolitische Bedürfnis, die Fälle der Entwendung von Sparbüchern usw. strafrechtlich zu erfassen, die Sachwerttheorie unentbehrlich mache, und erscheinen endlich verschiedene Versuche, diese Fälle dennoch in das System der überkommenen Substanztheorie einzugliedern, wenig glücklich ²⁾, so leuchtet es ein, daß auch bei jedem neuen Versuch einer Bestimmung des Zueignungsbegriffs diese Sonderstellung der Wertpapiere als Zueignungsobjekte berücksichtigt werden muß.

Die besondere Problematik der Zueignung von Wertpapieren beruht auf der eigenartigen Verbindung einer Forderung oder eines sonstigen Rechts mit der konkreten Sache, dem Papier. Zwar sind Forderungen und Rechte ihres immateriellen Charakters wegen keine tauglichen Zueignungsobjekte; das gilt jedoch nicht für das sie verbriefende Papier, das als eine körperliche Sache ein taugliches Zueignungsobjekt darstellt.

1) Vgl. RGSt 26/151 (hier klingt die Sachwerttheorie bereits erstmals an); 39/239; 40/10; 50/254; 51/97.

2) Vgl. z.B. Welzel, S.303; Maurach, S.201; siehe dazu näher unten, S. 95 f.

Daher können auch die Fälle nicht problematisch sein, in denen dem Berechtigten das Papier auf Dauer entzogen wird und der Täter es für sich behält oder irgendwie nutzt. Hier ist eine Zueignung ebenso zu bejahen wie bei anderen Zueignungsobjekten. Bei der Zueignung von Wertpapieren handelt es sich vielmehr um ein Abgrenzungsproblem der Zueignung vom furtum usus, folglich um ein Problem des negativen Zueignungselements. Es geht dabei um die Frage, ob eine "Enteignung" des Berechtigten angenommen werden kann, wenn ihm das Wertpapier von vornherein nach der Entwendung wieder zugestellt werden soll. Fraglos läge dann nur ein furtum usus vor, wenn das Wertpapier, seinen ursprünglichen Wert verkörpernd, in Anerkennung des Eigentumsrechts dem Berechtigten zurückgegeben wird ³⁾. Wie aber zu entscheiden ist, wenn das Wertpapier zwar wieder zurückgegeben wird, es jedoch nunmehr keinen Wert mehr verkörpert, da dieser inzwischen vom Täter dem Papier entzogen worden ist, kann zweifelhaft sein. Bei dieser Fragestellung drängt sich sogleich der Vergleich mit den oben ⁴⁾ innerhalb des negativen Zueignungselements behandelten Fällen auf, in denen der Eigentümer die entwendete Sache in ihrer Substanz zwar unverändert, in ihrer Brauchbarkeit aber teilweise oder völlig beeinträchtigt zurückerhält (z.B. die ausgebrannte Batterie, die abgenutzte Rasierklinge). Ob diese auffallende Parallele zur Lösung der hier anstehenden Fragen beitragen kann, soll im folgenden näher untersucht werden.

Dafür ist jedoch zunächst erforderlich, innerhalb der Wertpapiere als Zueignungsobjekte zu differenzieren.

3) Z.B.: Der Täter will mit dem Wertpapier lediglich einem Dritten gegenüber "seinen Reichtum" beweisen, danach das Papier jedoch völlig unbeeinträchtigt dem Berechtigten zurückgeben.

4) Vgl. oben, S.56 f.

Es lassen sich hier im wesentlichen zwei Gruppen von Wertpapieren unterscheiden: Zum einen die Wertpapiere im engeren Sinne (Inhaberpapiere, Orderpapiere), zum anderen die Legitimationspapiere mit Wertpapiercharakter. Während die Papiere der ersten Gruppe dadurch gekennzeichnet sind, daß sie das in ihnen verbriefte Recht "versachlichen" ⁵⁾, die Übertragung des Rechts also auch durch die sachenrechtliche Übertragung des Papiers (§§929 ff. BGB) bedingt ist ("das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier"), ist bei den Legitimationspapieren das verkörperte Recht das primäre Element: Nicht der Inhaber des Papiers kann das Recht geltend machen, sondern nur der Inhaber des Rechts. Jedoch kann der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Inhaber des Papiers leisten. Der sekundären Bedeutung des Papiers gegenüber dem Recht entspricht auch die Art der Übertragung der Legitimationspapiere: Der Abtretung des Rechts folgt gem. § 952 BGB das Eigentum am Papier ("das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier").

Daß dieser wesentliche Unterschied zwischen den beiden genannten Wertpapiergruppen auch für die strafrechtliche Zueignung der Wertpapiere von Bedeutung sein muß, leuchtet ein: Die Gruppe der Wertpapiere mit dem Primat der Sache (dem Papier) weist gegenüber anderen Zueignungsobjekten offenbar keine wesentlichen Unterschiede auf. Dagegen weichen die Legitimationspapiere von der Regel insoweit ab, als sie sozusagen "Anhängsel" der vorrangigen Rechte sind, welche ihrerseits keine Zueignungsobjekte sein können. Zwar sind diese Papiere auch körperliche Sachen und somit taugliche Zueignungsobjekte, jedoch ist die Abgrenzung der Zueignung vom furtum usus in diesen Fällen offensichtlich schwierig, da die Papiere nach Ausnutzung ihrer Legitimationskraft jederzeit als nunmehr "wertlose Sachen" dem Berechtigten zurückgegeben werden können.

5) Vgl. Baumbach/Hefermehl, S.2.

a) Die "Wertpapiere im engeren Sinne"
als Zueignungsobjekte

Wie generell bei den Wertpapieren so kann auch bei den Inhaber- und Orderpapieren nur die Abgrenzung der Zueignung dieser Papiere vom furtum usus problematisch sein. Die aufgezeigte enge Verbindung des Rechts mit dem Papier läßt hier jedoch im Gegensatz zu den Legitimationspapieren dieses Abgrenzungsproblem nicht besonders schwierig erscheinen. Folgt doch das Recht jeweils dem Papier und ist somit der Inhaber des Papiers stets formell berechtigt, das verbriefte Recht geltend zu machen, so kommt es nur darauf an, ob der Täter dem Berechtigten das entwendete Papier in Anerkennung der Eigentümerposition zurückgibt oder aber unter Leugnung derselben, etwa in der Weise, daß der "Dieb" der Inhaberschuldverschreibung dem Aussteller, der das Papier noch nicht in Umlauf gesetzt hat, das Papier zur Zahlung vorlegt ⁶⁾. Dieser Fall ist im Ergebnis ebenso zu behandeln, wie wenn der Täter dem Berechtigten eine andere Sache wegnimmt, um sie an ihn wieder zu veräußern (vgl. den "Getreidefall" des Reichsgerichts). Zwar liegt ein Unterschied im Verkauf einer gewöhnlichen Sache und beispielsweise einer Inhaberschuldverschreibung an den Aussteller-Eigentümer darin, daß der Aussteller das Papier nicht "kauft", sondern die versprochene Leistung gegen Aushändigung des Papiers erbringt; dennoch gibt der Täter das Papier nicht in Anerkennung des Eigentumsrechts des Ausstellers zurück, sondern erklärt sich selbst zum materiell Berechtigten, leugnet also incidenter die Eigentümerposition des Ausstellers ⁷⁾.

6) Etwa mit der Vorspiegelung, das Papier vom unbekannten Dritten gutgläubig erworben zu haben (vgl. §§ 797, 793, 794, 932, 935 II BGB).

7) s. auf S. 87.

Von den Wertpapieren im engeren Sinne kam in der Rechtsprechung den Biermarken als Zueignungsobjekten besondere Bedeutung zu. Die beiden "Biermarkenfälle" des Reichsgerichts ⁸⁾ sind seither aus der Diskussion über den Zueignungsbegriff nicht mehr hinwegzudenken. Sie werden auch heute keineswegs einheitlich beurteilt. Einig ist man sich lediglich darüber, daß es sich in diesen Fällen um strafwürdiges Unrecht handelt. Zwar wird von der Überwiegenden Meinung eine Zueignung der Marken bejaht, doch soll z.B. nach der Ansicht MAURACHS ⁹⁾ lediglich ein *furtum usus* vorliegen.

Bei den Biermarken handelt es sich um Inhabermarken, die als "kleine" oder "unvollkommene Inhaberpapiere" gemäß § 807 BGB den Inhaberpapieren im wesentlichen gleichgestellt sind ¹⁰⁾. Es besteht deshalb kein Anlaß, sie als

-
- 7) Diese Abweichung von den Fällen, in denen dem Eigentümer die eigene Sache zum Kauf angeboten wird, liegt indes nicht vor, wenn der Eigentümer der Inhaberschuldverschreibung nicht mit dem Aussteller identisch ist. Hier würde der Eigentümer sein Wertpapier in der Tat "zurückkaufen". Schließlich ist der Fall unproblematisch, daß dem Eigentümer das Papier entwendet und dem Aussteller zur Zahlung vorgelegt wird. Hier wird der Eigentümer sogar von der Sache selbst auf Dauer ausgeschlossen, seine Eigentümerposition folglich bereits deshalb dauernd geleugnet.
- 8) RGSt 24/22; 40/10. Der Sachverhalt war in beiden Fällen ähnlich: Die Kellnerin bzw. der Kellner entwendeten dem Wirt "Biermarken" und gaben sie an der Theke für entnommenes Bier zurück. Den entsprechenden Geldbetrag, den sie bei den Gästen einkassierten, behielten sie für sich.
- 9) Maurach, S.201; danach sind diese Fälle nach Betrugsgrundsätzen zu beurteilen.
- 10) Die Biermarken im eigentlichen Sinne sind Inhabermarken gemäß § 807 BGB: Sie sind in der Regel frei übertragbar und besitzen im Gegensatz zu den Legitimationspapieren (vgl. auch Legitimationszeichen: Garderobenmarken, Reparaturorscheine, Gepäckscheine) eine doppelte Legitimationswirkung zugunsten des Gläubigers und des Schuldners (§§ 807, 793 I BGB). Entgegen dieser h.M. im Wertpapierrecht werden die Biermarken in der strafrechtlichen Literatur zuweilen ebenso wie die Sparkassenbücher Forts. S.88.

Zueignungsobjekte anders zu behandeln als z.B. die Inhaberschuldverschreibungen. Unzweifelhaft hat der Gast, der einem anderen Gast eine Biermarke entwendet, um sich dafür ein Bier aushändigen zu lassen, die Absicht, sich die Marke zuzueignen. Wer dem Wirt selbst die Biermarke wegnimmt, um sie ihm sogleich an der Theke zur Einlösung vorzulegen, leugnet aber ebenso dessen Eigentümerposition! Denn er gibt die Biermarke nicht in Anerkennung des Eigentumsrechts des Wirts zurück, sondern maßt sich dieses Recht vielmehr selbst an. Nicht anders ist aber zu entscheiden, wenn anstatt des Gastes der Kellner dem Wirt die Biermarken entwendet, soweit es sich dabei wirklich um Inhabermarken im Sinne des § 807 BGB handelt und nicht nur um bloße Zählmittel ¹¹⁾.

-
- 10) Forts. v. S.87: als Legitimationspapiere im Sinne des § 808 BGB angesehen (Vgl. Welzel, S. 302; Jagusch, LK, Bem. D V 2a) aa) vor § 242. Für die hier vertretene Ansicht z.B. Baumbach/Hefermehl, S.7; Erman/Hense, § 807, Bem.2; Soergel/Siebert/Erdsiek/Mühl, § 807 Anm.2).
- 11) Dabei soll freilich nicht verkannt werden, daß verschiedene Möglichkeiten denkbar sind, die Abrechnung zwischen Wirt und Kellner durch Biermarken oder diesen ähnliche Hilfsmittel zu vereinfachen. Im zweiten Biermarkenfall des Reichsgerichts (RGSt 40/10) etwa händigte der Wirt dem Kellner gegen Geld die Biermarken aus und dieser gab dann für jedes entnommene Glas Bier eine Marke zurück. Ebenso verfuhr der Kellner auch mit den Marken, die er dem Wirt entwendet hatte. Bei dieser Fallkonstellation kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob der Kellner seinerseits die Biermarken an die Gäste weiterverkauft oder nicht: Löst er die entwendeten Marken direkt ein, so gibt er sie nicht in Anerkennung der Eigentümerposition des Wirts zurück, sondern unter Leugnung derselben; verkauft er sie aber an die Gäste, so liegt bereits in dieser Veräußerung die Zueignung. Gemäß §§ 932, 935 BGB verliert der Wirt dadurch nämlich sein Eigentum.- Denkbar wäre jedoch auch eine Vereinbarung zwischen Wirt und Kellner dergestalt, daß der Kellner "Biermarken" genannte Metall- oder Kunststoffplättchen lediglich als Zählmittel benutzt, etwa in der Weise, daß er für jedes entnommene Bier ein solches Plättchen an den dafür vorgesehenen Ort legt. Legt er nun eine geringere Zahl von Plättchen an diesen Ort (z.B. in eine bestimmte Dose) als er Bier entnimmt, so eignet er sich die übrigen Plättchen nicht dadurch zu, daß er sie anstatt an den

vorgesehenen Ort in das Plättchenreservoir zurücklegt. Er begeht folglich auch keinen Diebstahl, wenn er die Plättchen z.B. der Dose entnimmt, um sie ins Reservoir zu legen, bzw. beim Wirt als "nicht gebraucht" abzugeben. Die Plättchen sind in diesen Fällen nur Zählmittel. Diese Fälle sind daher nicht anders zu bewerten, als wenn der Kellner für jedes entnommene Bier einen Strich in eine Liste eintragen müßte und in unbewachten Augenblicken die Eintragung unterließe. Die Eigentümerposition des Wirts bezüglich der Plättchen wird durch derartige Manipulationen des Kellners nicht geleugnet. Vielmehr ist in diesen Fällen Betrug anzunehmen. Auch im ersten Biermarkenfall des Reichsgerichts (RGSt 24/22) handelte es sich nicht um eigentliche Biermarken (Inhabermarken!), sondern auch hier waren die der Kellnerin bei Antritt des Tagesdienstes ausgegebenen Marken nur Zählmittel: Für jedes entnommene Bier mußte die Kellnerin eine Marke an der Theke abgeben. Am Ende des Dienstes hatte sie denjenigen Geldbetrag zu entrichten, der der Differenz der vom Wirt erhaltenen und nunmehr noch vorhandenen Marken entsprach. Die Kellnerin verschaffte sich vom Schanktische ohne Wissen des Wirts weitere Marken und steckte diese zu den vom Wirt erhaltenen. Bei der Abrechnung legte sie auch diese mit vor. Hier kann ebenfalls von einer auf Dauer gerichteten Leugnung der Eigentümerposition des Wirts nicht gesprochen werden: Die Rückgabe der entwendeten Marken geschieht hier ebenso wie die Rückgabe der rechtmäßig erhaltenen in Anerkennung des Eigentumsrechts des Wirts an den Marken. Eine "Enteignung" ist nicht gegeben und damit auch keine Zueignung. Auch dieser Fall ist somit lediglich nach Betrugsgrundsätzen zu behandeln. Das Reichsgericht hatte daher im Ergebnis richtig entschieden, wenn es im ersten Biermarkenfall Diebstahl ablehnte, ihn im zweiten Biermarkenfall aber bejahte. Freilich wurde die Zueignung im letzteren Fall nach Sachwertgesichtspunkten begründet. (A.A. Maurach, aaO., der in beiden Fällen nur Betrug annimmt, und Jagusch, LK, Bem. D V 2 a) aa) vor § 242, der im zweiten Biermarkenfall die Biermarken lediglich für Zählungsmittel hält.)

Dieser Fall wäre vergleichbar mit dem, daß der Kellner aus der Kasse des Wirts Geldscheine entwendet, um mit diesem Geld an der Theke das Bier sogleich zu bezahlen. Zwar sind Banknoten keine Inhaberpapiere, aber sie sind doch diesen durchaus ähnlich, wenngleich sie kein "privates" Recht verkörpern und dem Noteninstitut keine Einlöschungspflicht obliegt. Dieses Beispiel macht deutlich, daß eine Zueignung hier ebenso wie in den Fällen vorliegen muß, in denen der Täter die dem Eigentümer entwendete Sache sogleich wieder an diesen verkauft. Wenn SCHRÖDER ¹²⁾ auch den zweiten "Biermarkenfall" des Reichsgerichts (RGSt 40/10) nach Betrugsgrundsätzen bewertet, so offenbar nicht aus dem Grund, weil es sich hier um Wertpapiere handelt, sondern deshalb, weil nach seiner Ansicht die Fälle, in denen dem Eigentümer die entwendeten Sachen auf Grund eines neuen Kausalgeschäfts wieder "zurückgegeben" werden, schlechthin keine Zueignung, sondern lediglich Betrug darstellen. Daß diese Auffassung aber dem hier vertretenen Zueignungsbegriff widerspricht, wurde bereits früher festgestellt ¹³⁾. Würde man ihr folgen, so wären insbesondere bei der Entwendung von Wertpapieren der hier fraglichen Art in der Absicht, diese dem Aussteller-Eigentümer zur Einlösung wieder vorzulegen, leicht Fälle denkbar, in denen der Aussteller-Eigentümer die Nichtberechtigung des Täters durchaus kennt, folglich auch keinem Irrtum über dessen Berechtigung unterliegt, in denen er jedoch dem Täter die Nichtberechtigung nicht nachweisen kann ¹⁴⁾. Unter dem Druck dieses Beweis-

12) Schönke/Schröder, § 242 Anm.49.

13) Vgl. oben, S.51 ff.

14) In vielen Fällen können oft Zeugen benannt werden, die das Recht des Eigentümers bestätigen und damit die Vermutung der Berechtigung des Besitzers (§ 1006 BGB) entkräften. Bei Biermarken jedoch wäre ein solcher Zeugenbeweis kaum möglich, es sei denn, ein Tatzeuge wäre vorhanden.

notstandes müßte der Aussteller - Eigentümer selbst das Papier des als "Dieb" erkannten Präsentanten einlösen! (Denn im Prozeß müßte der Aussteller den Diebstahl beweisen, §§ 793, 1006 BGB.) Da der Aussteller aber keinem Irrtum erliegt, könnte der Täter auch nicht nach § 263 StGB bestraft werden.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß der hier entwickelte Zueignungsbegriff auf die Wertpapiere im engeren Sinne ohne weiteres anzuwenden ist, zumal zwischen diesen Papieren und sonstigen körperlichen Sachen als Zueignungsobjekten im Ergebnis kein entscheidender Unterschied zu sehen ist.

b) Die Legitimationspapiere als Zueignungsobjekte

Die eigentliche Problematik der Zueignung von Wertpapieren liegt nicht bei den Wertpapieren im engeren Sinne, sondern den Legitimationspapieren als Zueignungsobjekten. Durch diese Papiere wird eine Leistung in der Weise versprochen, daß sich der Schuldner durch Leistung an den Inhaber befreien kann. Sie sind folglich gegenüber den Inhaberpapieren kein aliud, sondern der umfassendere Begriff: Auch die Inhaberpapiere (§ 793 BGB) sind Legitimationspapiere, sie sind aber "mehr" als diese, da der Inhaber auch die Leistung fordern kann, während bei den hier nunmehr zu behandelnden "eigentlichen" Legitimationspapieren nur der Gläubiger die Leistung verlangen kann.

Bei den eigentlichen Legitimationspapieren ist darüber hinaus zu unterscheiden zwischen den Papieren mit Wertpapiercharakter und den Nicht-Wertpapieren. Die Legitimationspapiere bei denen der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet ist (vgl. § 808 Abs.2 Satz 1 BGB), werden nach herrschender Meinung noch zu den Wertpapieren

gezählt (qualifizierte Legitimationspapiere des § 808 BGB; z.B. Sparkassenbücher, Leihhausscheine), während die sogenannten einfachen Legitimationspapiere (z.B. Gepäckscheine, Garderobemarken), die nur zum Schutz des Schuldners Liberationsfunktion besitzen, ohne Vorlegungspapiere zu sein, keine Wertpapiere sind ¹⁵⁾. Keine Legitimationspapiere und somit erst recht keine Wertpapiere sind daher Urkunden, die nur Beweismittel sind und es dem Schuldner nicht gestatten, mit befreiender Wirkung an den Inhaber zu leisten. Eine strafrechtliche Zueignung solcher Urkunden ist vielmehr ebenso zu bewerten, wie die Zueignung z.B. von Ausweispapieren (Personal-, Studentenausweise usw.).

Ein Grenzfall zwischen Zueignung und bloßer Gebrauchsanmaßung eines Ausweispapiers soll zunächst aufgezeigt werden. Denn es erscheint zur Lösung der eigentlichen Problematik der Zueignung von Legitimationspapieren angebracht, diesen Fragenkomplex von zwei Seiten her einzuengen, einmal, wie geschehen, von der Zueignung der Wertpapiere im engeren Sinne her, zum anderen aber ausgehend von der Zueignung der nicht mehr legitimierenden Ausweispapiere.

Als ein solcher Grenzfall bietet sich die einer Entscheidung des OLG Hamm ¹⁶⁾ zugrunde liegende Entwendung eines Zechenausweises durch einen Bergmann an. Eignet sich

15) Baumbach/Hefermehl, S.3; Erman/Hense, Bem.2 d vor § 793.

16) JMB1NRW 1953, S.153. In diesem Fall erfolgte die Lohnauszahlung auf der fraglichen Zeche in der Weise, daß der Bergmann sich unter Vorlage seines Zechenausweises - eines Personalausweises für den Zechenbereich - seine Abschlagskarte holte und diese dann im Lohnbüro vorwies, worauf am Schalter sein Lohn ausgezahlt wurde. Der Täter entwendete aus dem Spind seines Arbeitskameraden dessen Ausweis und erhielt sodann dessen Lohn auf dem üblichen Wege ausbezahlt.

dieser dadurch den Ausweis seines Arbeitskameraden zu, daß er ihn beim Lohnbüro vorweist, um die Abschlagskarte und damit den Lohn seines Kameraden zu erhalten, oder begeht er lediglich eine Gebrauchsanmaßung zum Zwecke eines Betrugs? Auch diese Frage ist nur anhand des negativen Zueignungselements zu beantworten: Liegt in dieser Handlung des Bergmanns eine "auf Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition" seines Kameraden? Das Eigentumsrecht des berechtigten wird nicht verneint, vielmehr wird der Ausweis dem Eigentümer in Anerkennung des Eigentumsrechts zurückgegeben. Eine Leugnung der Eigentümerposition könnte somit lediglich in einer entscheidenden Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit des Ausweises erblickt werden ¹⁷⁾. Dieser Ausweis dient aber nur zum Nachweis der Identität des Berechtigten. Würde jedoch durch das Vorzeigen des Zechenausweises und die daraus resultierende Zahlung des Lohns an den Täter die Verwendungsmöglichkeit des Ausweises - wenn auch nur insoweit, als der Berechtigte nunmehr seinen Lohn nicht mehr abholen könnte - erschöpft, so könnte man kaum umhin, von einer wesentlichen Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit des Ausweises zu sprechen und demzufolge eine "Enteignung" zu bejahen. Indes wird der Anspruch des Berechtigten auf seinen Lohn durch die Handlung des Täters nicht berührt. Die Zeckenleitung ist durch ihre Leistung an den Täter von ihrer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Berechtigten nicht befreit worden: Dieser kann vielmehr unter abermaliger Vorlage des Ausweises den Lohn für sich verlangen. Eine Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit des Ausweises erfolgt somit durch die Handlung des Täters ebenfalls nicht. Demnach liegt auch keine auf Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten vor. Eine Zueignung ist somit abzulehnen; es handelt sich

17) Vgl. oben, S. 61.

lediglich um ein bloßes furtum usus 18).

Wie ist nun aber bei den Legitimationspapieren zu entscheiden, die als Zueignungsobjekte offenbar eine Stellung zwischen den Wertpapieren im engeren Sinne und den bloßen Ausweisurkunden einnehmen? Als Beispiel soll im folgenden seiner Tradition im Streit um den Zueignungsbegriff wegen das Sparkassenbuch dienen. Es ist ein qualifiziertes Legitimationspapier im Sinne des § 808 BGB: Die Sparkasse kann an den Inhaber des Spartuchs mit befreiender Wirkung zahlen, sie ist jedoch nur verpflichtet, an den Gläubiger gegen Aushändigung des Spartuchs zu leisten 19).

Die hier allein interessierende Frage lautet nunmehr, ob eine Zueignung vorliegt, wenn von einem fremden Spartuch ohne Wissen des Berechtigten die Spareinlage oder auch nur ein Teilbetrag derselben abgehoben und das Buch darauf dem Berechtigten wieder zugestellt wird. Während in der Vergangenheit eine Zueignung in diesem Falle von fast allen Vertretern der Substanztheorie abgelehnt und nur von einer

18) So im Ergebnis auch OLG Hamm, aaO. Vgl. auch Rudolphi, GA 1965, S.55; Kohlrausch/Lange, § 242 Anm.III 2 b.

19) Allerdings wird die Sparkasse durch Leistung an den Inhaber dann nicht befreit, wenn ihr die Nichtberechtigung des Inhabers bekannt ist (RGZ 86/86; 89/401). Es ist weiterhin "eine Entwicklung dahin festzustellen, daß auch grobe Fahrlässigkeit nicht mehr befreien soll. Es stellt eine Verletzung der Fürsorgepflicht dar, wenn eine Sparkasse auch nur grob fahrlässig das Sparguthaben an einen Dieb auszahlt" (Erman/Hense, § 808 Bem.2). Vgl. auch Schaarschmidt/Bickel, S.46 ff.

Mindermeinung bejaht wurde ²⁰⁾, ist heute nach einhelliger Ansicht eine Zueignung gegeben. Selbst die Verfechter der Substanztheorie befürworten hier eine Zueignung ²¹⁾,

- 20) Zueignung wurde abgelehnt von v.Liszt, 14.u.15.Aufl., S.431; Allfeld, S.437; Binding, S.265; v.Olshausen, 10.Aufl., § 242 Anm.29; Lobe, LK 1.Aufl., § 242, Anm.II 1; Ollendorf, S.1 ff.; Finger, GS 78, S.403; Doerr, GS 52, S.1; Brucke, GA 1892, S.111. Zueignung wurde bejaht von Frank, § 242 Anm.VII 2 a); Gleispach, S.34 f.; Sauer, Schließen sich ..., S. 83 und GA 1917, S.296 f.; ferner vom Reichsgericht in RGSt 10/369; 22/2; 26/152; 29/415; 39/239; 43/17. Ebenso wie das Reichsgericht in den Entscheidungen RGSt 10/369 und 29/415 die Zueignung von der Substanztheorie ausgehend konstruierte ("es liegt vielmehr eine Zueignung der weggenommenen Sache schon dann vor, wenn der Wegnehmende beabsichtigt hatte, über die Sache auch nur eine einzelne Verfügung zu treffen, welche aber als zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörig betrachtet werden muß", RGSt 10/371), versuchten auch Hartmann, GS 40, S.262 und Höpfner, S. 1 ff. als Vertreter der Substanztheorie eine Zueignung des Sparbuchs zu konstruieren. Hartmann, aaO. führt z.B. aus: "Durch die Eintragung von der der Täter von vornherein wisse, daß sie erfolgt, entstehe eine neue Urkunde und damit eine neue Sache, denn die alte werde nicht in 'unveränderter Substanz', also nicht als dieselbe zurückgegeben."
- 21) Vgl. Welzel, S.303: "Denn auch bei den Legitimationspapieren ... ist der Papierbesitz mit Publizitätswirkungen verknüpft (§§ 808, 370 BGB), die praktisch dem Gutglaubensschutz der §§ 794, 932, 935 BGB weitgehend gleichkommen und die Möglichkeit der Ausübung des Rechts an den Papierbesitz knüpfen, so daß es materiell gerechtfertigt ist, die Ausnutzung dieser Urkunden in der Absicht, die mit ihrem Besitz verbundenen Rechtspositionen auszunutzen, dem strafrechtlichen Zueignungsbegriff zu unterstellen." Vgl. auch Jagusch, LK, Bem. D V 2 a) bb) vor § 242: Gewohnheitsrechtliche Gleichstellung der Legitimationspapiere mit den Inhaberpapieren. Die unbefugte gänzliche oder teilweise Abhebung der Spareinlage erscheine als "Verbrauch" des Sparkassenbuchs. Vgl. ferner Fohlrausch/Lange, § 242 Anm.III 2 b); vom Standpunkt der h.M. aus auch: Schönke/Schröder, § 242 Anm.48; Mezger/Blei, S.122; Schwarz/Dreher, § 242 Anm. 3 A a); Dalcke/Fuhrmann/Schäfer, § 242 StGB Anm.7a); Dreher/Maassen, § 242 Anm. 5 b); Petters/Preisendanz, § 242 Anm. VI 2 e); BGHSt 8/273, 276.

wenngleich insbesondere MAURACH ²²⁾ zu diesem Ergebnis nicht aus systematischen, sondern nur aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus gelangt: Könne nämlich in der Handlung des Täters regelmäßig kein Betrug gesehen werden, so "helfe nur die von WELZEL und JAGUSCH angebahnte Lösung".

Daß die unbefugte Abhebung von Spareinlagen durchaus Diebstahls- bzw. Unterschlagungscharakter hat, wird aus folgendem von Eser angeführten Vergleich ersichtlich: ²³⁾ Stellt man sich das Sparbuch als eine Art Sparbüchse vor, deren Inhalt der Täter mit Hilfe der Sparkasse herausnimmt, so erscheint die "Inhaltsentleerung" des Sparbuchs der widerrechtlichen Inhaltsentleerung der Sparbüchse strafrechtlich gleichwertig. Gleichzeitig werden aber auch die Unterschiede zwischen beiden Fällen offenbar: Die Entwendung der Sparbüchse in der Absicht, sie nach Herausnahme des Geldes dem Eigentümer wieder zuzustellen, stellt keine Zueignung der Sparbüchse, sondern des Geldes dar! Der Täter behält das Geld für sich, leugnet somit auf Dauer die Eigentümerposition des Berechtigten. Das Sparkassenbuch enthält jedoch das Geld gerade nicht, es "verkörpert" nicht einmal die Forderung des Berechtigten (wie es z.B. bei einem Inhaberpapier der Fall ist), sondern legitimiert lediglich den Inhaber gegenüber der Sparkasse. Berechtigter ist allein der Forderungsinhaber, dem infolge der Regelung des § 952 BGB auch das Eigentum an dem Sparbuch zusteht. Die Forderung ist zwar ein Vermögensbestandteil des Berechtigten, das Geld jedoch ist Eigentum der Kasse. Folglich wird der die Spareinlage unbefugt abhebende Täter auch Eigentümer des Geldes:

22) Maurach, S.201.

23) Vgl. Eser, JuS 1964, S.480 Anm.38.

Das Eigentum des Berechtigten wird insoweit jedenfalls nicht berührt ²⁴⁾.

Während im Sparbüchsenfall nur das Geld zugeeignet wird, kommt hier als Zueignungsobjekt folglich nicht die Spareinlage, sondern nur das Sparbuch in Betracht. Nach der Sachwerttheorie, die bei den Sparbuchfällen überwiegend Anwendung findet, begegnet die Konstruktion der Zueignung keinen großen Schwierigkeiten, zumal die Spareinlage als im Sparbuch "verkörpert" angesehen wird: Durch den völligen oder teilweisen Entzug des Sachwerts wird das Sparbuch zugeeignet.

Dagegen kommt es nach der hier entwickelten Zueignungsdefinition allein darauf an, ob durch die Abhebung der Spareinlage die Eigentümerposition des Berechtigten hinsichtlich des Sparbuchs auf Dauer gezeugnet wird oder nicht. Wird der gesamte Betrag abgehoben, so könnte darin bereits ein Verlust des Eigentumsrechts des Berechtigten zu sehen sein. Steht nach § 952 BGB das Eigentum am Sparbuch dem Inhaber der Forderung zu, so könnte nämlich die Sparkasse bereits automatisch durch das Erlöschen der Forderung auch Eigentümerin des Sparbuchs werden, der Berechtigte das Eigentum somit gleichzeitig verlieren ²⁵⁾. Nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum erlangt die Sparkasse das Eigentum am Sparbuch durch völlige Auszahlung der

-
- 24) Es ist daher auch die - heute nicht mehr vertretene - Ansicht abzulehnen, in der Verwendung des abgehobenen Betrags sei eine Unterschlagung zu sehen (so aber z.B. Schreider, ZStW 14, S.36). Dagegen mit Recht bereits Ollendorf, S.63: Nicht der Berechtigte erwirbt durch die Auszahlung Eigentum an dem Geld, sondern der Abhebende. Es sei denn, der Abhebende will nur als Vertreter für den Berechtigten handeln, dann läge allerdings seitens der Sparkasse eine Übereignung "an den es angeht" vor. Vgl. RGRechtspr. 8/751 und RGSt 29/415.
- 25) So Baumbach/Hefermehl, S.9; Erman/Hefermehl, § 952, Bem. 3 c); Baur, Sachenrecht, § 53 d III 4.

Spareinlage jedoch noch nicht; vielmehr soll die Kasse nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgabe des Buchs gemäß § 371 BGB haben ²⁶⁾.

Folglich ist bei völliger ebenso wie bei nur teilweiser Abhebung der Spareinlage für die Zueignung allein entscheidend, ob durch die Abhebung die Verwendungsmöglichkeit des Sparbuchs wesentlich beeinträchtigt wird. Dabei ist die Verwendungsmöglichkeit des Sparbuchs darin zu sehen, daß durch Vorlage des Buchs bei der Kasse der Sparbetrag ganz oder teilweise abgehoben werden kann. Sie liegt also in der Ausnutzung der durch die Innehabung des Buchs bedingten Legitimation gegenüber der Sparkasse ²⁷⁾. Im oben angeführten Fall des OLG Hamm (Zechenausweis) nutzte der Täter ebenfalls die Position aus, die ihm der Besitz des Ausweises seines Kameraden verlieh. In jenem Falle wurde eine wesentliche Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit des Ausweises verneint, weil der Berechtigte weiterhin unter Vorlage des Ausweises den fraglichen Lohnbetrag verlangen konnte: Der Arbeitgeber war durch die Leistung an den Nichtberechtigten von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Berechtigten nicht befreit worden. Die Sparkasse dagegen wird durch die Leistung an den nichtberechtigten Inhaber des Sparbuchs befreit (§ 808 BGB). Bei der Frage, ob in der Abhebung der Spareinlage eine wesentliche Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit des Sparbuchs gesehen werden muß, ist somit gerade auf diesen Unterschied gegenüber dem Zechenausweis-Fall abzustellen: Wie bei der Entwendung des Sparbuchs durch den Täter bestehende Spareinlage kann vom Berechtigten nach Rückgabe des Buches nicht mehr

26) So z.B. Palandt/Hoche, § 952 Anm.3 a); Soergel/Siebert/Oechßler, § 952 Anm.3; Canaris/Berg, § 952 Anm.4; Wolff/Raiser, § 75 II.

27) Vgl. Welzel, S.303, der allerdings in der Ausnutzung dieser "Rechtsposition" bereits eine Zueignung im Sinne des "se ut dominum gerere" erblickt; ähnlich bereits RGSt 10/369, 371.

erhoben werden. Damit ist die spezifische Verwendungsmöglichkeit des Sparbuchs, nämlich den ursprünglich im Buch ausgewiesenen Geldbetrag abheben zu können, nicht mehr vorhanden. Der Wegfall der Verwendungsmöglichkeit des Sparbuchs bedeutet aber eine auf Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten ²⁸⁾. Zweifelhaft könnten jedoch die Fälle sein, in denen der Täter weder die ganze Spareinlage noch einen erheblichen Teil, sondern nur einen relativ geringen Geldbetrag vom Sparbuch abhebt. Handelt es sich etwa dann, wenn der Täter von einem auf 1000.- DM lautenden Sparbuch nur 10.- DM abhebt, lediglich um eine unwesentliche Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit wie z.B. in dem Fall, daß der Täter mit dem fremden Kraftwagen eine Spritztour unternimmt und ihn entsprechend der relativ kurzen Fahrtstrecke geringfügig abnutzt?

Auf den ersten Blick mag dieser Vergleich möglicherweise die Abhebung eines sehr geringen Geldbetrags ebenfalls als eine unwesentliche Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit des Sparbuchs erscheinen lassen. Jedoch ist die Gleichartigkeit beider Fälle nur eine scheinbare ²⁹⁾. Das Sparbuch muß vielmehr in seiner Eigenschaft als Legitimationspapier gesehen werden. Der letzte Eintrag im Buch weist die augenblickliche Höhe der Spareinlage aus. Bei der Abhebung jedes beliebigen Betrages erfolgt seitens der Sparkasse eine neue Eintragung, durch welche die bisherige ihre Gültigkeit völlig einbüßt. Stellt man sich nun die letzte Eintragung als einen besonderen Schuldschein vor und den sich daran anschließenden freien Raum als ein Bündel von Schuldscheinformularen, so würde das Verfahren bei Abhebung eines Geldbetrags anzusehen sein als die Hingabe des

28) Vgl. dazu oben, S. 61

29) Vgl. dazu insbesondere auch unten S. 151 f.

ursprünglichen Schuldscheins durch den Abhebenden und die Ausstellung eines neuen, auf die entsprechend geringere Summe lautenden durch die Kasse 30).

Aus diesem Vergleich soll keineswegs gefolgert werden, das Sparbuch sei in seinem äußeren Erscheinungsbild (bzw. in seiner "Substanz") nach der Abhebung der Spar³¹⁾einlage nicht mehr mit dem Buch vor der Abhebung identisch. Vielmehr soll damit die hier vertretene Ansicht veranschaulicht werden, daß die Verwendungsmöglichkeit eines Sparbuchs ebenso wie die eines anderen Legitimationspapiers dadurch entscheidend beeinträchtigt wird, daß das ausgewiesene Recht - hier die Spareinlage - nicht im vollen Umfange geltend gemacht werden kann, da es bereits durch die Ausnutzung der zugunsten des Schuldners (hier: der Sparkasse) wirkenden Legitimation beschnitten worden ist. Denn es ist die wesentliche Verwendungsmöglichkeit des qualifizierten Legitimationspapiers, das volle "verbriefte" Recht geltend machen zu können ³²⁾. Durch jede Abhebung eines auch noch so geringfügigen Teils der Spareinlage wird somit im Ergebnis das Sparbuch zugeeignet ³³⁾.

Daß dieses Ergebnis richtig ist, wird auch deutlich, wenn man die Abhebung von 10.- DM bei einer Spareinlage von insgesamt nur 15.- DM mit der Abhebung von 10.- DM bei einer Spareinlage von 1000.- DM vergleicht: Wollte man nur im ersten Fall eine Zueignung annehmen, weil $\frac{2}{3}$ der Spareinlage, also zweifellos ein wesentlicher Teilbetrag, erhoben worden ist, im zweiten Fall aber nicht, weil hier lediglich 1 % der Spareinlage abgehoben wird, also ein

30) Auf diese Weise wird in der Tat bei Legitimationspapieren anderer Art verfahren, soweit eine teilweise Leistung seitens des Schuldners möglich ist.

31) Vgl. aber Hartmann, GS 40, S.262; Höpfner, S.22.

32) Entscheidende Verwendungsmöglichkeit des auf 1000.-DM lautenden Sparbuchs ist es folglich, 1000.-DM - nicht etwa nur 999.-DM - abheben zu können.

geringfügiger Teilbetrag, so würden sich die "Diebe" begreiflicherweise nur noch an Sparbüchern mit möglichst hohen Spareinlagen vergeifen.

c) Zusammenfassung

Entsprechend dem kriminalpolitischen Bedürfnis einerseits und der heute absolut herrschenden Meinung andererseits hat die Subsumtion der Wertpapiere als Zueignungsobjekte unter den hier entwickelten Zueignungsbegriff ergeben, daß in den fraglichen Fällen nicht nur ein furtum usus, sondern Zueignung vorliegt. Das negative Zueignungselement, die auf

-
- 33) Die hier vorgenommene Konstruktion der Zueignung des Sparbuchs durch Abhebung einer nur geringen Geldsumme ist im Ergebnis zumindest ebenso klar wie die Bestimmung der Zueignung von Sparbüchern durch die Sachwerttheorie: Diese geht von der Prämisse aus, das Sparbuch verkörpere den Wert, wie er durch die Höhe der Spareinlage ausgewiesen sei. Zueignung des Buches sei demnach die "Einverleibung des im Buch verkörperten Wertes in das eigene Vermögen". Auch hier stellt sich aber die gleiche Problematik: Bedeutet bereits die "Einverleibung" eines ganz geringfügigen Teils dieses "wertes" eine Zueignung des ganzen Buches? Die Vertreter der Werttheorie bzw. der Kombinationstheorie bejahen diese Frage, zumeist aber ohne nähere Begründung. Olshausen, 12. Aufl. § 242 Anm. 25 a, e geht auf dieses Problem näher ein: Der Täter brauche es nicht auf den ganzen Wert der Sache abgesehen zu haben, die Zueignungsabsicht könne sich auch auf einen Teil dieses Wertes beschränken; zu dem nicht angegriffenen Teil bliebe dann - vom Täterstandpunkt aus betrachtet - das Herrschaftsverhältnis des Berechtigten unangetastet. Wäre die Teilbarkeit der Sache möglich, würde der Täter nur einen Teil der Sache weggenommen haben, dessen Wert er sich zueignen wollte, und den übrigen Teil im Gewahrsam des Berechtigten gelassen haben. Vgl. auch Saerbeck, S. 54 f.

Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten, hat sich somit als Abgrenzungskriterium der Zueignung von der bloßen Gebrauchsanmaßung auch bei der Zueignung von Wertpapieren bewährt. Entgegen der "Enteignungs"-konstruktion der Substanztheorie, wonach die Sache in ihrer Substanz dem Eigentümer dauernd entzogen werden muß, aber auch anderen formalen Zueignungsdefinitionen wie z.B. der Formel "se ut dominum gerere", erfaßt die hier vorgenommene Bestimmung der "Enteignung" alle Fälle, in denen die Eigentümerposition entscheidend berührt, nämlich "geleugnet" wird.

Hat die Untersuchung der Wertpapiere als Zueignungsobjekte somit ergeben, daß die hier entwickelte Bestimmung des Zueignungsbegriffs den Anfechtungen seitens der Sachwerttheorie standhält, die ihre Entstehung ja in besonderem Maße dem Abgrenzungsproblem der Zueignung vom furtum usus bei bestimmten Wertpapieren verdankt, so besteht in der Tat kein Anlaß, der hier vorgeschlagenen Zueignungsdefinition Elemente der Sachwerttheorie zuzufügen, zumal Wertgesichtspunkte in diesem Sinne dem am Zueignungsobjekt "Sache" orientierten Zueignungsbegriff systemwidrig wären. Die Gefahr einer Verwischung der Grenzen zwischen Zueignungs- und Bereicherungsdelikten ist damit beseitigt, andererseits ein starres Festhalten an der Substanz der Sache aufgegeben: Mit Fug und Recht läßt sich die hier entwickelte Zueignungsdefinition als eine selbständige Begriffsbestimmung zwischen den beiden überkommenen Zueignungstheorien eingliedern, ohne lediglich eine Kombination dieser beiden Theorien im Sinne der heute herrschenden Meinung darzustellen.

3. A B S C H N I T T

DIE PRAKTISCHE ANWENDUNG DES ZUEIGNUNGSBEGRIFFS

Die Diskussion über den Zueignungsbegriff ist in jüngster Zeit durch Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte und auch des Bundesgerichtshofs wieder von neuem entfacht worden. Fast keines dieser Urteile hat uneingeschränkte Zustimmung erfahren, vielmehr überwogen regelmäßig die ablehnenden Stimmen, wenngleich auch sie untereinander nicht zu einheitlichen Ergebnissen gelangten. Die Aktualität, die der Zueignungsbegriff auf diese Weise gewonnen hat, ist auch der Anlaß des hier vorgenommenen Versuchs gewesen, eine neue Begriffsbestimmung der Zueignung zu finden. Im folgenden soll daher der hier entwickelte Zueignungsbegriff im wesentlichen auf die fraglichen Fallgruppen angewandt werden.

Nach dem bisher Gesagten kann nicht überraschen, daß es auch bei den in diesen Entscheidungen aufgeworfenen Fragen um die bekannten Abgrenzungsprobleme geht: Einmal um die Abgrenzung der Zueignung von der Sachbeschädigung bzw. der Sachentziehung, zum anderen um die Abgrenzung der Zueignung vom furtum usus. Im einzelnen lassen sich die Fallgruppen nach den jeweiligen Zueignungsobjekten unterscheiden: Zunächst sollen die Fälle untersucht werden, in denen der Täter Schriftstücke entwendet, um deren Inhalt zu erfahren und sie dann zu vernichten bzw. zurückzugeben. Danach ist auf das "Organisieren" von Dienstgegenständen bei den Streitkräften bzw. am Arbeitsplatz einzugehen. Eine weitere Gruppe stellen die verschiedenen Möglichkeiten der Entwendung von Kraftfahrzeugen dar. Schließlich sollen auch die Fälle berücksichtigt werden, in denen ein Dritter die entwendete Sache an denjenigen weitergibt, der sie nach dem

Willen des Eigentümers tatsächlich erhalten soll.

1. Zueignung von Schriftstücken

Die Möglichkeiten, fremde Geheimnisse zu erkunden, sind zahlreich. Briefe, Aufzeichnungen, Akten oder Pläne können vom Nichtberechtigten zur Kenntnis genommen werden, indem er sich Zugang zu diesen Schriftstücken verschafft und sie an Ort und Stelle liest, abschreibt oder photographiert oder indem er das Schriftstück zum Zwecke der Kenntnisnahme entwendet. Hat er im letzteren Falle von vornherein den Willen, das Schriftstück anschließend zu vernichten, so ist die Frage nach der Zueignungsabsicht lediglich ein Problem des positiven Zueignungselements; will er es dagegen nach Einsichtnahme wieder zurückgeben, ist darüber hinaus auch das negative Zueignungselement angesprochen.

a) Einsichtnahme in fremde Dokumente und anschließende Vernichtung derselben

Zwei nach dem Kriege ergangene und veröffentlichte Entscheidungen haben sich mit der hier anstehenden Problematik befaßt. In beiden Fällen wurde das Schriftstück nach Kenntnisnahme von seinem Inhalt vernichtet. Dem Urteil des OLG Köln ¹⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Rechtskandidat, der wegen Diebstahls von Büchern aus der Seminarbibliothek während seines Universitätsstudiums disziplinarisch bestraft worden war, entwendete aus dem Justizgebäude seine Personalsakte und verbrannte sie einige Zeit später,

1) NJW 1950, S.959.

nachdem er sie durchgelesen hatte. Er verfolgte damit den Zweck, seine Zulassung als Referendar zum juristischen Vorbereitungsdienst zu erreichen.

Das OLG Celle ²⁾ hatte folgenden Fall zu entscheiden: Der Angeklagte entwendete einen Brief, um auf Grund der erlangten Kenntnis von dessen Inhalt mit Hausbewohnern in Kontakt treten zu können und sie bei dieser Gelegenheit zu bestehlen. Nach Kenntnisnahme vom Inhalt vernichtete er den Brief.

Sowohl das OLG Köln als auch das OLG Celle bejahten die Zueignungsabsicht und verurteilten die Angeklagten wegen Diebstahls.

Unterstellt man als richtig, daß die Täter in beiden Fällen von vornherein die Absicht hatten, die Schriftstücke zu vernichten, so kommt es bei der Frage, ob ihre Absicht auf Zueignung gerichtet war, allein darauf an, ob die Täter die Dokumente "vorübergehend nutzen wollten". Nur dann wäre das positive Zueignungselement in beiden Fällen gegeben ³⁾. Ist das Lesen der Schriftstücke aber ein "Nutzen" derselben? Bedenken dagegen können sich daraus ergeben, daß das Lesen lediglich ein visuell-geistiger Vorgang ist, durch welchen die schriftlich fixierten Äußerungen (Gedanken, Meinungen) anderer vom Leser gedanklich erfaßt werden. Die Sache selbst, nämlich das Dokument als Papier, wird nicht "gebraucht", wie etwa in dem Fall, daß man es zum Einwickeln von Gegenständen oder zum Anheizen von Öfen usw. verwendet. Dennoch kann ein Schriftstück auch durch Kenntnisnahme von seinem gedanklichen Inhalt genutzt werden: Wer z.B. ein Buch oder eine

2) NdsRpfl. 1964, S.72, JR 1964, S.266.

3) Vgl. dazu näher oben, S. 78.

Zeitung entwendet, um den Inhalt kennenzulernen, begeht - wenn auch das negative Zueignungselement vorliegt - unstreitig einen Diebstahl ⁴⁾. Dabei ist das positive Zueignungselement nicht etwa in dem Nutzeffekt zu sehen, den der Täter dadurch erzielt, daß er die Anschaffungskosten z.B. einer eigenen Zeitung oder eines eigenen Buches erspart. Selbstverständlich wird dieses wirtschaftliche Interesse den Täter regelmäßig davon abhalten, sich die gewünschte Sache auf legale Weise zu verschaffen, der Beweggrund des Täters, gerade die bestimmte Sache dem Berechtigten zu entwenden, ist aber nicht der Gedanke an die Ersparnis anderweitiger Aufwendungen, sondern die Absicht, eben diese Sache zu "haben", sie also bestimmungsgemäß ⁵⁾ zu nutzen. Es ist aber gerade die typische, bestimmungsgemäße Nutzung eines Buches bzw. einer Zeitung gelesen zu werden.

Diese Grundsätze müssen aber auch für die Einsichtnahme in andere Schriftstücke als Bücher und Zeitungen gelten. Allerdings kann das Lesen fremder Dokumente vor ihrer Vernichtung auch nur einen bloßen "Enteignungsreflex" darstellen. Zwar ist es für die nachfolgende Vernichtung der Schriftstücke keineswegs erforderlich, somit also kein notwendiger Gebrauch ⁶⁾, jedoch kann es ohne weiteres lediglich bei Gelegenheit der Vernichtung, z.B. aus Neugier, erfolgen. Auch dann läge nur ein "Enteignungsreflex" vor, vergleichbar dem Falle, daß der Täter, der den fremden Ring unauffindbar verstecken will, diesen unmittelbar vor der endgültigen Entziehung probeweise ansteckt ⁷⁾. Liegt

4) Vgl. insbesondere Schröder, JR 1964, S. 266 f.

5) Wenngleich das bestimmungsgemäße Nutzen nicht notwendig ist; es reicht insoweit die Absicht des Täters aus, die Sache für einen ihm genehmen Zweck zu gebrauchen.

6) Wie z.B. die Fahrt mit dem Kraftwagen zum See, um ihn dort zu versenken; vgl. oben, S. 72, Anm.65.

7) Vgl. oben, S. 74.

das Abgrenzungskriterium zwischen der "Aneignung" und dem bloßen "Enteignungsreflex" aber im subjektiven Bereich des Täters, so kann auch in den beiden fraglichen Fällen der Oberlandesgerichte Köln und Celle nur der mit der Wegnahme und Vernichtung der Schriftstücke verfolgte Zweck für die Annahme oder Ablehnung der Zueignungsabsicht und damit des Diebstahls entscheidend sein.

Hier liegt nun in der Tat auch ein Unterschied zwischen beiden Fällen. Dem Rechtskandidaten kam es bei der Entwendung der Akten primär darauf an, sie der Behörde zu entziehen, da ihr Inhalt - wie der Täter wußte - seinem weiteren beruflichen Fortkommen entgegenstand. Wenn er die Akten dennoch vor ihrer Vernichtung einsah, etwa aus verständlicher Neugier, so kann dem keine entscheidende Bedeutung zukommen; Ein vorübergehendes Nutzen der Akten im Sinne der positiven Zueignungskomponente ist darin nicht zu sehen, vielmehr lediglich ein Reflex der "Enteignung". Folglich hat sich der Rechtskandidat entgegen der Ansicht des OLG Köln die Personalsakten nicht zugeeignet⁸⁾. Anders ist es jedoch in dem vom OLG Celle entschiedenen Fall. Hier entwendete der Täter den Brief in der Absicht, von seinem Inhalt Kenntnis zu erlangen. Dieses positive Moment ist in

8) Wie hier im Ergebnis: Feldmann, NJW 1950, S.959; RG JW 1922, S.293; Schönke/Schröder, § 242, Anm.51; Kohlrausch/Lange, § 242, Anm.III 2b, der allerdings das hier fragliche Problem nicht in der Abgrenzung der Zueignung von der Sachbeschädigung bzw. Sachentziehung, sondern in der Abgrenzung der Zueignung vom furtum usus sieht. Daß hier aber seitens des Täters eine auf Dauer gerichtete Leugnung der Eigentümerposition der Justizbehörden liegt, dürfte nicht zweifelhaft sein. Vgl. auch Rudolphi, GA 1965, S.49, der jedoch generell ein kurzes Benutzen der Sache als "Aneignung" nicht genügen läßt, sondern auch hier einen "durch dauernde Sachentziehung qualifizierten Fall des furtum usus" (!) annimmt.

diesem Fall gegenüber der "Enteignung" des Eigentümers keineswegs sekundär, vielmehr kommt es dem Täter primär auf die Kenntniserlangung an, während die anschließende Vernichtung des Briefs auch nur aus Furcht vor möglicher Entdeckung geschehen mag: Die vorübergehende Nutzung des Briefs ist nicht ein Reflex des negativen Zueignungselements, sondern Aneignung⁹⁾. Dem Urteil, des OLG Celle ist somit im Ergebnis zuzustimmen¹⁰⁾. Allerdings könnte der Urteilsbegründung, insbesondere auch dem Leitsatz der Entscheidung - wie SCHRÖDER¹¹⁾ mit Recht ausführt -, entnommen werden, daß eine "Aneignung" durch Kenntnisnahme vom Inhalt der Schriftstücke nur dann vorliege, wenn die so gewonnene Kenntnis auch irgendwie praktisch ausgenutzt wird, etwa wie im fraglichen Falle, daß der Täter von einer günstigen Gelegenheit zu einem Gelddiebstahl erfährt und diesen am nächsten Tag auch ausführt. Eine solche Einschränkung des positiven Zueignungselements bei der Entwendung von Schriftstücken ist jedoch nicht gerechtfertigt; denn es ist nicht einzusehen, warum derjenige, der nur zur Befriedigung seiner Neugier oder aus Wissensdrang eine fremde Zeitung oder ein fremdes Buch entwendet und liest, das Schriftstück anders nutzen soll als derjenige, der die so gewonnene Kenntnis auch praktisch verwertet.

9) Der Unterschied zwischen den Fällen des OLG Köln und des OLG Celle ist vergleichbar mit dem bereits oben (S. 70) angeführten Unterschied zwischen den beiden Kraftfahrzeug-Fällen: Entwendet der Täter den Wagen, um ihn im See zu versenken, so ist die Fahrt zum See nur ein Enteignungsreflex; entwendet er jedoch den Wagen, um zum See zu fahren und dort zu fischen, den Wagen aber z.B. zur Beseitigung der Spuren zu versenken, so liegt Zueignung vor.

10) Wie hier: Schönke/Schröder, § 242 Anm. 51; Schröder, JR 1964, S. 229, 266; Schaffstein, GA 1964, S. 101; RG JW 1922, S. 293; vgl. auch Frank, § 242 Anm. VII 2 a; A.A. Schwarz-Dreher, § 242 Anm. 3 A a; Rudolphi, GA 1965, S. 49 f.; Baumann, NJW 1964, S. 707.

11) JR 1964, S. 266.

b) Einsichtnahme in fremde Dokumente und
anschließende Rückgabe derselben

Ist im Lesen fremder Schriftstücke eine Aneignung zu sehen, wenn es dem Täter bei der Entwendung derselben auf die Kenntniserlangung ankommt, so fragt es sich nunmehr, ob eine Zueignung auch dann vorliegen kann, wenn der Täter das Schriftstück zurückgibt, nachdem er sich über den Inhalt informiert hat, und die Rückgabe auch von vornherein beabsichtigt. Aus den angeführten Urteilen der Oberlandesgerichte Köln und Celle läßt sich ebenso wie aus den wenigen einschlägigen Literaturstellen ¹²⁾ entnehmen, daß in diesen Fällen lediglich eine Gebrauchsanmaßung, aber keine Zueignung anzunehmen sei. Auch diese Meinungen beschränken sich jedoch auf die bloße Feststellung, daß das negative Zueignungselement fehle, ohne auf die Frage einzugehen, ob diese Ansicht nicht doch zumindest in bestimmten Fällen zweifelhaft sein könnte. Das mag umso mehr überraschen, als das negative Zueignungselement beim "Gebrauch" von Wertpapieren, z.B. dem Sparkassenbuch, heute einhellig bejaht wird, obwohl die Papiere - wenn auch wertentkleidet - dem Eigentümer zurückgegeben werden.

Nach der hier vertretenen Begriffsbestimmung der Zueignung ist in den Sparbuchfällen eine "Enteignung" des Berechtigten deshalb anzunehmen, weil durch die Erhebung der Einlage bzw. eines Teils derselben das Sparbuch in seiner Verwendungsmöglichkeit wesentlich beeinträchtigt wird. Nun leuchtet es zwar ein, daß in den meisten Fällen, in denen der Täter fremde Schriftstücke einsieht, er deren Verwendungsmöglichkeit nicht beeinträchtigt. Wer etwa ein

12) Z.B. Schönke/Schröder, § 242 Anm.51; Jagusch, LK, Bem. D V 2 e vor § 242.

fremdes Buch, eine fremde Zeitschrift, aber auch einen fremden Brief usw. liest, verletzt die Eigentümerposition des Berechtigten nicht entscheidend ¹³⁾, mag er auch - falls es sich z.B. um einen ganz persönlichen Brief handelt - tief in die Intimsphäre des Eigentümers eingreifen. Eine andere Frage ist jedoch, ob es nicht auch Dokumente gibt, die lediglich durch Kenntnisnahme seitens eines Nichtberechtigten in ihrer Verwendungsmöglichkeit wesentlich beeinträchtigt werden.

Man denke hierbei an patentfähige Erfindungen, die schriftlich fixiert sind, an Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, an Architektenpläne, die für einen Wettbewerb bestimmt sind oder an Modellzeichnungen eines Modeschöpfers, nach welchen die Kollektionen für die nächste Modessaison kreiert werden sollen usw. ¹⁴⁾. Diesen Fällen ist gemein,

13) Bedenklich ist daher die Ansicht des OLG Celle, MDR 1967, S.684 = JZ 1967, S.503 = GA 1967, S.248, die Wegnahme eines neuen Buches aus dem Verkaufsstand eines Warenhauses in der Absicht, das Buch nach dem Lesen wieder zurückzubringen, sei Diebstahl und nicht Gebrauchsentwendung. Hätte in dem vom OLG Celle entschiedenen Fall der Philosophiestudent den Rowohlt-Taschenkriminalroman schonend behandeln wollen - und das muß man unterstellen, wenn man wie das erstinstanzliche Gericht seiner Einlassung Glauben schenkt, er habe das Buch zurückbringen wollen, - so wäre die Verwendungsmöglichkeit des Taschenbuchs nicht wesentlich beeinträchtigt worden, zumal es gerade bei derartigen Taschenbüchern weniger auf das äußere Erscheinungsbild, als auf die "Vermittlung einer spannenden Geschichte" ankommt. - Die konsequente Folge dieser Entscheidung des OLG Celle wäre, daß ein furtum usus an neuen Sachen nicht möglich sein kann: Das klingt auch in den Urteilsgründen an, in denen ein furtum usus an fabrikneuen Kraftfahrzeugen und neuen Kleidungsstücken schlechthin als unmöglich angesehen wird. Vgl. dazu oben, S. 61 und dort Anm.51 und unten, S. 150 f.

14) Man denke aber auch an Schriftstücke, die Geheimnisse ganz anderer Art enthalten, wie z.B. die Krankenblätter der Ärzte, Psychiater, die Aktennotizen der Rechtsanwälte, Steuerberater u.a.

daß die Geheimhaltung des Inhalts der Dokumente vor Konkurrenten oder der Allgemeinheit wegen seiner Einmaligkeit bzw. Neuheit in ganz besonderem Maße geboten ist. Hat z.B. eine Konkurrenzfirma ein Fabrikationsgeheimnis durch einen Betriebsangehörigen ausspionieren lassen und arbeitet sie nunmehr auch nach dieser Produktionsmethode, so hat das "Geheimnis" für den ursprünglich alleinigen Geheimnisträger einen erheblich geringeren Wert. Ist dies Geheimnis in Schriftstücken durch Text und Zeichnungen "verkörpert", so erhebt sich die Frage, ob derjenige in Zueignungsabsicht handelt, der die Dokumente unbefugt einsieht, um von dem Geheimnis Kenntnis zu erlangen und es zu verwerten.

Wie in den Sparbuchfällen nur das Sparbuch Zueignungsobjekt sein kann, obwohl es dem Täter allein auf die Einlage ankommt, so kann auch in den hier fraglichen Fällen nur das jeweilige Dokument als körperliche Sache Zueignungsobjekt sein, wenngleich lediglich der geistige Inhalt des Dokuments, das Geheimnis nämlich, dem Berechtigten "entzogen" wird. Der Vergleich mit den Sparbuchfällen könnte für die Vertreter der Sachwerttheorie in der Tat Anlaß sein, auch die Zueignung von geheimen Dokumenten im Ergebnis ebenso oder doch ähnlich zu konstruieren. So stellt denn auch STOLTENBERG ¹⁵⁾ fest: " Der wirtschaftliche Wert ist nämlich das der gestohlenen Substanz inwohnende Geheimnis, denn damit, daß das Geheimnis der Verfügungsmacht des Besitzers zum Teil entzogen wird, verliert für ihn auch in der Regel der das Geheimnis verkörpernde Gegenstand seinen Wert." Auch KOHLRAUSCH ¹⁶⁾

¹⁵⁾ S.63.

¹⁶⁾ ZStW 50, S.38; vgl. auch Eb.Schmidt, S.163.

nimmt in diesen Fällen eine Zueignung der Dokumente an. Dabei wird in Kauf genommen, daß man in den typischen Fällen der Werkspionage, in denen der Täter die Dokumente an Ort und Stelle abzeichnet oder photographiert, eine Zueignung bejaht, obwohl weder Diebstahl noch Unterschlagung in Frage kommen kann, da die Dokumente nicht weggenommen werden und der Täter auch nicht Alleingewahrsm an ihnen hat ¹⁷⁾. Die Konstruktion einer nicht strafbaren Zueignung begegnet aber im Grunde keinen Bedenken. Auch bei dem Streit um die Strafbarkeit der Fundunterschlagung war nämlich nicht zweifelhaft, daß sich der Finder die Fundsache zueignen könne, sondern lediglich, ob er sich einer Unterschlagung schuldig mache, da die Gewahrsamserlangung der Zueignung zeitlich nicht vorausgehe ¹⁸⁾. Ist nach der Sachwerttheorie Zueignung aber die Einverleibung des Sachwerts einer Sache in das Vermögen des Täters, so können sich doch Bedenken gegen die Annahme der Zueignung der fraglichen Dokumente ergeben: Entzieht der Täter, der den Inhalt eines Schriftstücks abschreibt, diesem ebenso seinen Wert, wie derjenige, der vom Sparbuch die Spareinlage abhebt? Das Sparbuch verkörpert nach der Erhebung der Spareinlage keinen Wert mehr, während das Schriftstück vor und nach der Kenntnisnahme durch den Täter dasselbe aussagt. Die in Schrift und Zeichnung verkörperte Gedankenerklärung bleibt dem Berechtigten völlig erhalten. Der besondere Wert allerdings, den der Gedanke - z.B. die Fabrikationsmethode eines bestimmten Stoffes - für den Berechtigten hat, ist dessen Alleinwissen um diese

17) Folgt man allerdings der z.B. von Welzel, S.305 vertretenen Auffassung, Unterschlagung sei Zueignung der fremden Sache mit Ausnahme der "Zueignung durch Wegnahme", so wären auch die hier fraglichen Fälle unter § 246 StGB zu subsumieren.

Methode, seine Monopolstellung also. Diese Monopolstellung aber erlischt mit der Kenntniserlangung eines Konkurrenten; das bisherige Geheimnis ist dann kein Geheimnis mehr, nicht etwa ist es nunmehr ein Geheimnis des Dritten, wie z.B. die Spareinlage nunmehr ein Vermögensbestandteil des Sparbuch-Diebes ist. Diese subtil erscheinenden Unterschiede zeigen, daß das Geheimnis, das also eigentlich Wertvolle des schriftlich-fixierten Gedankens, im Grunde nicht unmittelbar in dem Dokument verkörpert ist, sondern vielmehr einen außerhalb desselben liegenden wertbildenden Faktor darstellt, der dem Gedanken anhaftet.

Bei der heute weiten Auslegung des Sachwerts einer Sache im Rahmen der herrschenden "Kombinationstheorie", wonach z.B. auch der wirkliche oder potentielle Kaufpreis einer Sache als der in ihr verkörperte Sachwert angesehen wird¹⁹⁾, mag eine derartige Differenzierung indes überflüssig erscheinen: Denn wer ein fremdes Geheimnis ausspioniert, erspart die Kosten, die er dem Geheimnisträger normalerweise zahlen müßte; dieser wiederum kann den Gegenstand des bisherigen Geheimnisses nicht mehr zu dem Preise verkaufen, den er ohne die Spionage erzielt haben würde. Gibt der Täter das Geheimnis sogar der Allgemeinheit preis, so wird es für den Berechtigten völlig wertlos, da er es jetzt nicht mehr verkaufen kann. Bei Zugrundelegung dieser extensiven Auslegung des Sachwertbegriffs kann vom Standpunkt der Sachwerttheorie aus im Ergebnis in der Tat nur KOHLRAUSCH und STOLTENBERG gefolgt und Zueignung bejaht werden²⁰⁾.

18) Die heute h.M. bejaht die Strafbarkeit der Fundunterschlagung nach § 246 StGB; vgl. u.a. Schönke/Schröder, § 246 Anm. 9 m.w.Nachw.; A.A. Bockelmann, MDR 1953, S. 3.

19) Vgl. dazu näher oben, S. 22.

20) Daß bislang keine gerichtliche Entscheidung bekanntgeworden ist, die sich mit diesem Problem befaßt, findet seine Erklärung darin, daß die typischen Fälle der Betriebsspionage nicht durch Wegnahme und alsbaldige Rückgabe von geheimen Vorlagen und Plänen gekennzeichnet sind. S. 114.

Nach der hier vertretenen Bestimmung des Zueignungsabegriffs kommt es demgegenüber darauf an, ob die Eigentümerposition des Berechtigten auf Dauer gezeugnet wird. Das Eigentumsrecht wird zweifellos nicht berührt: Der Täter will das Schriftstück dem Berechtigten in Anerkennung dieses Rechts zurückgeben. Fraglich kann lediglich sein, ob die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit des Dokuments dadurch wesentlich beeinträchtigt wird, daß ein Dritter den Inhalt unbefugt erfährt und diese Kenntnis für sich verwertet.

Die spezifische Verwendungsmöglichkeit eines Schriftstücks besteht nun aber darin, die verkörperte Gedankenklärung dem Leser visuell zugänglich zu machen, so daß dieser die Erklärung geistig erfassen kann. Allerdings gilt dies nicht für alle Dokumente: Auch die Wertpapiere stellen nämlich Schriftstücke dar, denn auch sie verkörpern Gedankenklärungen; dennoch sind sie nicht zur Lektüre bestimmt, sondern zur Geltendmachung des verbrieften Rechts²¹⁾. Ebenso können Schablonen, Matrizen und Pausen usw. ihre bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit verlieren, ohne daß ihr gedanklicher Inhalt angetastet

20) Forts. von S.114: net sind, sondern durch mündlichen Verrat, Spionage an Ort und Stelle (Abzeichnen Photographieren usw.) oder dauernden Entzug der Dokumente. Die mündliche Weitergabe und die Spionage an Ort und Stelle werden jedoch von den das Eigentum schützenden Straftatbeständen nicht erfaßt. Die Strafbarkeit der Betriebsespionage ist insoweit in den §§ 17 ff. UWG abschließend geregelt. In den Fällen, in denen der Täter dem Berechtigten die Dokumente auf Dauer entzieht, ist demgegenüber auch nach der Rechtsprechung die Annahme eines Diebstahls unproblematisch (vgl. BGHSt 13/333).

21) Vgl. dazu näher oben, S. 98 ff.

würde ²²⁾. Andererseits kann sich die Verwendungsmöglichkeit von Dokumenten auch in deren bloßer Existenz erschöpfen, bzw. in der Möglichkeit, sie z.B. auf Ausstellungen oder in Museen zu zeigen. Man denke an sehr alte, kostbare Schriftstücke oder Bücher, wie z.B. eine handgeschriebene Bibel aus dem Mittelalter usw. Bei diesen Schriftstücken kommt es nicht entscheidend auf die Möglichkeit an, den verkörperten Gedanken erfassen zu können. Wird daher die Schrift solcher Dokumente unerheblich beeinträchtigt, so käme eine "Enteignung" nicht in Betracht; anders dagegen bei Schriftstücken, bei denen es gerade - wie im Regelfall - auf den fixierten gedanklichen Inhalt ankommt: Ihre Verwendungsmöglichkeit wäre wesentlich beeinträchtigt, würde man Schrift oder Zeichnung durch Radieren oder Übermalen usw. derart entstellen, daß der gedankliche Inhalt nicht mehr eindeutig feststellbar ist.

Zur Verwendungsmöglichkeit eines Schriftstücks gehört dagegen nicht der subjektive oder objektive Wert des in ihm verkörperten Gedankens. Der gedankliche Inhalt kann in der Tat zuweilen äußerst wertvoll sein, z.B. wenn er ein Betriebsgeheimnis darstellt ²³⁾. Die spezifische Verwendungsmöglichkeit des Schriftstücks bleibt dagegen, unabhängig von der allgemeinen Wertschätzung des in ihm verkörperten

22) So kann z.B. eine auf der Rückseite verschmutzte Matrice nicht mehr zur Herstellung der Abzüge verwandt werden, eine zerknitterte Pause oder Schablone nicht mehr als Vorlage zur Herstellung des jeweiligen Gegenstands dienen.

23) Wobei sich der Wert des Geheimnisses für den Geheimnisträger allerdings in mannigfaltiger Weise darstellen kann. Es kann sich um den wirklichen oder potentiellen Erlös handeln, den der Berechtigte durch die Preisgabe des Geheimnisses erzielen könnte; es kann andererseits ein äußerst großes Interesse des Berechtigten daran bestehen - sei es für sein persönliches Ansehen oder sein berufliches Fortkommen usw. -, daß das Geheimnis nicht an die Öffentlichkeit gelangt; man denke in diesem Zusammenhang etwa an die Geheimnisse, die ein Kranker dem Arzt, insbesondere auch dem Nervenarzt, Psychiater usw. anvertraut hat. Vgl. oben, S. 110, Anm.14.

gedanklichen Inhalts, stets die gleiche: Sie erschöpft sich in der "Konservierung" einer Gedankenenerklärung und damit in der Möglichkeit, dem Leser den gedanklichen Inhalt mitzuteilen. Diese Verwendungsmöglichkeit wird jedoch dadurch nicht beeinträchtigt, daß ein Dritter vom Inhalt des fraglichen Dokuments Kenntnis nimmt, ohne es dem Berechtigten dauernd oder doch für einen erheblichen Zeitraum zu entziehen. Informiert sich daher der Nichtberechtigte an Ort und Stelle, indem er das Dokument liest, abschreibt oder photographiert, oder entwendet er es zum Zwecke der Information, um es danach wieder zurückzugeben, so leugnet er die Eigentümerposition des Berechtigten nicht. Das negative Zueignungselement ist dann nicht gegeben und damit ist auch eine Zueignung des Dokuments abzulehnen ²⁴⁾.

c) Der Mißbrauch polizeilicher

Aufforderungsschreiben

Von der Problematik her nur in weiterem Zusammenhang mit den Fällen der Zueignung von Schriftstücken steht eine Entscheidung des OLG Hamburg ²⁵⁾, welcher folgender Sachverhalt zugrunde lag: Der Täter parkte sein Kraftfahr-

24) Der vielfach gebräuchliche Begriff "geistiger Diebstahl" ist im Ergebnis gar nicht so falsch, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Mißverständlich ist zwar in der Tat die Bezeichnung "Diebstahl", jedoch wird durch den Begriff "geistiger Diebstahl" auch gezeigt, woran die Annahme eines wirklichen Diebstahls gerade scheitert: Am Zueignungsobjekt! Nicht das Papier, das den gedanklichen Inhalt verkörpert, sondern der davon losgelöste, selbständig existierende menschliche Gedanke ist das "Zueignungsobjekt", jedoch ist dieses eben "untauglich" für den Zueignungsbegriff i.S.d. §§ 242, 246 StGB.

25) NJW 1964, S.736; JR 1964, S.228.

zeug unerlaubterweise auf einem Gehweg. Von der Windschutzscheibe eines ebenfalls dort verkehrswidrig abgestellten Wagens entfernte er einen kurz zuvor von einer Polizeistreife angebrachten Klebezettel, der die Aufforderung enthielt, bei der Revierwache vorzusprechen. Diesen Zettel klebte der Täter nunmehr an die Windschutzscheibe seines eigenen Wagens, um einen möglicherweise kontrollierenden Polizeibeamten zu täuschen. Den Zettel wollte er bei seiner Rückkehr zum Wagen wieder an den ursprünglichen Ort zurückbringen ²⁶⁾. Entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung verneinte das OLG Hamburg im Ergebnis die Zueignungsabsicht des Täters, weil lediglich ein furtum usus vorläge, Da der Täter nur kurze Zeit zu parken beabsichtigte, konnte er bei Wegnahme deszettels ohne weiteres damit rechnen, daß der andere Wagen in der Zwischenzeit nicht abfahren würde, so daß sein Rückgabewille durchaus realisierbar war ²⁷⁾.

Insoweit ist dieser Fall auch nach der hier vertretenen Bestimmung des Zueignungsbegriffs nicht anders zu beurteilen: Das negative Zueignungselement ist nicht gegeben, da die Eigentümerposition des Berechtigten vom Täter nicht geleugnet wird; das Eigentumsrecht wird nicht verneint und die Verwendungsmöglichkeit nicht entscheidend beeinträchtigt: Es liegt lediglich ein furtum usus vor.

26) Auf die Probleme, die dieser Fall außer der Zueignung enthält, soll hier nicht eingegangen werden. Es soll nur bemerkt werden, daß bei einer Prüfung des Diebstahlstatbestandes Zweifel bereits hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals "fremd", insbesondere aber der "Wegnahme" (Gewahrsam!) entstehen. Vgl. näher Baumann, NJW 1964, S.707.

27) Folgt man der von Baumann, NJW 1964, S.707 vertretenen - wohl auch richtigen - Meinung, daß das Anheften des Zettels noch keine Übereignung desselben an den Kraftfahrzeugbesitzer, sondern lediglich ein Angebot zur dinglichen Einigung gem. § 929 BGB darstellt, so besteht objektiv die Rückgabemöglichkeit an den Berechtigten (hier: das Land) weiter. Regelmäßig wird aber in derartigen Fällen der Täter den Inhaber des Wagens für den Berechtigten halten.

Schwieriger gestaltet sich jedoch die Frage nach der Zueignung, wenn man wie SCHRÖDER und BAUMANN den Sachverhalt, der dem Urteil des OLG Hamburg zugrunde liegt, leicht abwandelt ²⁸⁾. So ist BAUMANN der Ansicht, daß es im Ergebnis keinen Unterschied mache, ob der Täter das polizeiliche Aufforderungsschreiben von vornherein zurückgeben wolle oder nicht. Auch wenn er den Zettel nach Gebrauch wegzwerfen beabsichtige, handle er nicht in Zueignungsabsicht, weil er weder die Substanz noch den Sachwert seinem Vermögen einverleibe ²⁹⁾.

Damit ist wiederum das positive Zueignungselement angesprochen. Es kommt folglich darauf an, ob in dem einmaligen Gebrauch deszettels ein "Nutzen" desselben zu sehen ist oder ob lediglich ein "Enteignungsreflex" vorliegt. Im Gegensatz zum Personalaktenfall des OLG Köln ³⁰⁾ ist die Entscheidung hier relativ einfach in ersterem Sinne zu treffen. Der Gebrauch des polizeilichen Aufforderungsschreibens ist kein für die endgültige Vernichtung deszettels notwendiges Durchgangsstadium und erfolgt auch nicht lediglich bei Gelegenheit der Vernichtung. Vielmehr kommt es dem Täter gerade auf diesen Gebrauch deszettels zur möglichen Täuschung eines kontrollierenden Polizeibeamten an. Das positive Zueignungselement ist somit ebenso wie in den Fällen des Lesens fremder Bücher, Zeitungen, Briefe usw. zu bejahen ³¹⁾. Nicht zu folgen ist dagegen BAUMANN ³²⁾

28) Schröder, JR 1964, S.229; Baumann, NJW 1964, S.707.

29) Anders wäre es dagegen nach Baumann, wenn der Täter das Aufforderungsschreiben in künftigen Fällen immer wieder verwenden wollte.

30) NJW 1950, S.959; vgl. oben, S. 106

31) So auch Schröder, JR 1964, S.229; im Ergebnis auch OLG Celle NdsRpfl.1964, S.72; Schaffstein, GA 1964, S. 101. Das OLG Hamburg läßt das Problem ausdrücklich offen: " Es bedarf keiner Entscheidung der Frage, wie die Rechtslage wäre, wenn der Angeklagte von vornherein die Absicht gehabt hätte, den Zettel nicht zurückzugeben, sondern zu vernichten." (NJW 1964, S.737)

32) NJW 1964, S.707.

mit der Ansicht, daß es hier gar nicht um einen Fall des Eigentumsschutzes gehe, sondern um eine raffinierte Form der Selbstbegünstigung. Es geht hier vielmehr um beides! Das Eigentumsrecht des Berechtigten wird auf Dauer gezeugnet und die vorübergehende Nutzung der Sache stellt gleichzeitig einen Akt der Selbstbegünstigung dar³³⁾. Die Entscheidung des OLG Hamburg wirft aber auch die Frage auf, "mit welcher Intensität der Täter die Rückkehr der Sache zum Berechtigten gekannt bzw. gewollt haben muß"³⁴⁾. Ein furtum usus und daher keine Zueignung ist zwar regelmäßig beabsichtigt, wenn der Täter die fremde Sache dem Berechtigten nach dem unbefugten Gebrauch zurückgeben will. Andererseits leuchtet es ein, daß es Fälle geben kann, in denen ein derartiger Wille des Täters sich nicht realisieren läßt, weil sich die Verhältnisse nach Wegnahme der Sache in unvorhersehbarer Weise ändern, oder weil bereits

33) Es sind Fälle mannigfaltiger Art denkbar, in denen der Täter eine Sache wegnimmt, um mit ihr eine "Selbstbegünstigungshandlung" vorzunehmen; man denke an die Fälle der Täuschung mit fremden Ausweispapieren, z.B.: A, der keinen Führerschein besitzt, wird auf einer Schwarzfahrt von einer Polizeistreife kontrolliert. Den Beamten gegenüber gibt er sich als B aus, dem er ähnlich sieht, und verspricht, die Papiere zu Hause abzuholen und auf der Wache vorzuzeigen. Er fährt darauf zu B, entwendet dessen Ausweise und den Führerschein in der Absicht, diese nach dem Vorzeigen bei der Polizei zu vernichten. Während A nach der hier vertretenen Meinung unzweifelhaft einen Diebstahl begangen hat, müßte Baumann konsequenterweise auch in diesem Fall eine Zueignung ablehnen. Unverständlich erscheint die Ansicht Baumanns, daß es hier nicht um einen Fall des Eigentumsschutzes gehe schon deshalb, weil bereits allein die Vernichtung des fremden Zettels einen Eigentumsschutztatbestand erfüllt, nämlich den § 303 StGB. Darüber hinaus macht sich der Täter aber auch noch die Gebrauchsmöglichkeit der fremden Sache zunutze.

34) So Schröder, JR 1964, S.229.

vor der Wegnahme feststeht, daß eine Rückgabe unmöglich oder doch nur aus Zufall möglich ist. Insbesondere zur Erörterung des letzteren Falls gibt das vorliegende Beispiel Anlaß. Wollte der Täter z.B. seinen Wagen für längere Zeit parken, so mußte er trotz seiner Absicht, den Zettel wieder zurückzugeben, doch erkennen, daß dies wahrscheinlich unmöglich sein würde, da der andere Wagen dann voraussichtlich nicht mehr an der gleichen Stelle stehen würde ³⁵⁾.

Abgesehen von dem hier aufgezeigten konkreten Beispiel ist aber auch generell für die bloße Gebrauchsentwendung zu fordern, daß der Täter bei der Entwendung der Sache nicht nur die Absicht haben muß, dem Berechtigten die Sache wieder zuzustellen, sondern daß er auch mit der Möglichkeit, die Sache zurückzugeben, sicher rechnen kann. Denn eine Rückgabeabsicht, deren Verwirklichung unwahrscheinlich oder gar unmöglich ist, ist in höchstem Maße unreal und kann folglich bei der Frage nach der Zueignungsabsicht des Täters nicht berücksichtigt werden. Nimmt der Täter daher eine fremde Sache in dem Bewußtsein weg, daß er sie trotz seines "guten Willens" wahrscheinlich nicht mehr zurückgeben kann, so will auch er die Eigentümerposition des Berechtigten leugnen. Er hat die Zueignungsabsicht, selbst wenn es ihm später tatsächlich gelingt,

35) Wobei entgegen der wohl richtigen Ansicht unterstellt werden soll, daß der Führer des Kraftfahrzeugs durch das Anheften des Zettels bereits Eigentümer geworden ist. Es sind aber durchaus Fälle denkbar, in denen die Eigentumsverhältnisse eindeutig sind, z.B.: Der Täter entwendet aus einem parkenden Auto Werkzeuge, um diese nach Gebrauch wieder zurückzugeben; vgl. Schröder, JR 1964, S.229.

wider Erwarten die Sache zurückzugeben 36). Eine solche Rückgabe wäre dann lediglich eine Wiedergutmachung, die auf die zuvor vorhandengewesene Zueignungsabsicht keinen Einfluß mehr haben kann 37).

36) Problematisch ist hier jedoch nicht die Zueignung selbst, sondern vielmehr die Frage nach der auf Zueignung gerichteten Absicht. Eine Absicht im Sinne des dolus directus 1. Grades wird man dem Täter bezüglich der "Enteignung" sicher nicht anlasten können: Die "Enteignung" sieht er vielmehr als unerwünschte, aber wahrscheinliche Folge seines Tuns an. Muß dennoch im Ergebnis eine Zueignungsabsicht bejaht werden, so ist in der Tat Schaffstein, GA 1964, S.102 ff., zuzustimmen, der für die Absicht der "Enteignung" den dolus directus 2. Grades genügen läßt. Im Ergebnis wie hier auch Schröder, JR 1964, S.229; Schönke/Schröder, § 242 Anm.51.

37) In diesen Problemkreis gehört auch die seit langem immer wieder erörterte Frage, ob die Verpfändung fremder Sachen Zueignung ist. Die weitaus h.M. nimmt Zueignung an, wenn der Täter nicht die sichere Überzeugung von der rechtzeitigen Einlösung des Pfandes hat. (Vgl. Jagusch, LK, Bem. D V 2 d vor § 242; Haberkorn, MDR 1962, S.707; Welzel, S.305; BGHSt 12/299; a.A. Bockelmann, JZ 1959, S.495).

2. Zueignung durch Aushändigung von Sachen an den Eigentümer

Daß derjenige, der dem Eigentümer eine Sache wegnimmt, um sie zu gebrauchen und danach dem Berechtigten uneinträchtigt zurückzugeben, keine Zueignung, sondern lediglich ein furtum usus beabsichtigt, bedarf keiner Erörterung. Daß andererseits derjenige, der dem Eigentümer die Sache wegnimmt, um sie ihm sofort wieder durch Täuschung oder Ausnutzung eines Beweisnotstandes zu verkaufen usw., in Zueignungsabsicht handelt, wurde bereits dargelegt ¹⁾. Nunmehr sollen die Fälle untersucht werden, in denen der Täter einem vom Eigentümer verschiedenen Besitzer die Sache wegnimmt und sie dem Eigentümer aushändigt. Dabei ist zunächst auf die Fälle des "Organisierens" von Dienstgegenständen und sodann auf das Entwenden von Geld einzugehen.

a) Das "Organisieren" von Dienstgegenständen

Der Zueignungsbegriff verdankt seine Aktualität in erheblichem Maße verschiedenen Gerichtsentscheidungen aus jüngerer Zeit, die sich mit dem "Organisieren" von Dienstgegenständen durch Angehörige der Bundeswehr befassen. In allen Fällen geht es um die Frage, ob sich der Soldat den Dienstgegenstand zueignet, den er seinem Kameraden wegnimmt und bei einer Überprüfung oder bei der Entlassung aus dem Wehrdienst als den bei Beginn der Dienstzeit empfangenen vorzeigt bzw. abgibt. Daß es sich in den veröffentlichten Urteilen bei allen Tätern um Angehörige der Bundeswehr handelt, mag überraschen, zumal derartige

1) Vgl. oben, S. 51 ff.

Fälle keineswegs nur bei den Streitkräften üblich sind, sondern häufig auch z.B. am Arbeitsplatz ²⁾.

Die zu diesem Problemkreis ergangenen gerichtlichen Entscheidungen werten das Organisieren überwiegend als Diebstahl, bejahen folglich eine Zueignungsabsicht des Täters ³⁾. Sie stimmen überein mit der Ansicht des Reichsgerichts und einem großen Teil des Schrifttums, das speziell zu dieser Frage gegen Ende der dreißiger und zu Anfang der vierziger Jahre erging ⁴⁾. Auch in neuerer Zeit haben diese Entscheidungen zum Teil Zustimmung gefunden ⁵⁾.

Die Zueignung der Dienstgegenstände wird dabei größtenteils mit Hilfe einer extensiven Auslegung der Sachwerttheorie begründet: Der Täter verleihe den Sachwert des Dienstgegenstandes dadurch seinem Vermögen ein, daß er durch die Abgabe des Gegenstandes bei der Kleiderkammer anlässlich seiner Abmusterung dem Ersatzanspruch des Bundeswehrfiskus hinsichtlich des verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Gegenstandes entgehe ⁶⁾.

-
- 2) z.B.: Der Bergmann hat seine zecheneigenen Ausrüstungsgegenstände verloren und entwendet einem Kameraden die entsprechenden Gegenstände, um sie bei der Zechenleitung anlässlich seines Ausscheidens aus dem Betrieb als "seine eigenen" abzugeben.
- 3) So: OLG Frankfurt, NJW 1962, S.1879 (Entwendung einer Dienstmütze); LG Aachen, JMB1NRW 1963, S.231 (Kappmesser); AG Nienburg, NdsRpfl. 1964, S.179 (Gasmaskenfilter); OLG Hamm, NJW 1964, S.1427 (Dienststiefel).
- 4) RG ZWehrR 1936/37, S.318; Schober, ZWehrR 1937/38, S.492; Wodtke, GS 111, S.244; Schwinge, § 138 Anm.II 1a); Rittau, § 138 Anm.3; Lapsien, ZWehrR 1942/43, S.462; Holl, ZWehrR 1943/44, S.117.
- 5) Vgl. Kohlhaas, NJW 1962, S.1879; Wackerbauer, NZWehrR 1963, S.21; Paulus, S.113 Anm.2.
- 6) So z.B. OLG Frankfurt, NJW 1962, S.1879.

Das OLG Hamm begründet die Zueignung sehr eingehend und führt insbesondere an, daß der Täter den Bundeswehrfiskus dadurch von seinem Eigentum ausschließe, daß er ihm die Möglichkeit nehme, durch Einwirkung auf den bisherigen Mitgewahrsamsinhaber über sein Eigentum frei nach seinem Gutdünken verfügen zu können ⁷⁾.

In der neueren Literatur wird eine Zueignung in diesen Fällen jedoch überwiegend abgelehnt. Selbst vom Standpunkt der Sachwerttheorie aus wird die Zueignung mit der Begründung verneint, die wirtschaftliche Gegenleistung, die der Täter bei der Rückgabe des entwendeten Dienstgegenstandes erhalte, stehe zu diesem in keiner unmittelbaren Beziehung. Der Ersatzanspruch, dem der Täter entgehe, beziehe sich vielmehr auf die verlorene oder abhanden gekommene Sache, also auf eine andere als die entwendete ⁸⁾. Auch der Bundesgerichtshof lehnt in diesen Fällen eine Zueignung ab ⁹⁾.

Welcher dieser Ansichten im Ergebnis zu folgen ist, hängt nach der hier vertretenen Begriffsbestimmung der Zueignung davon ab, ob der Täter das negative Zueignungselement erfüllt, ob seine Absicht bei der Wegnahme der Dienstgegenstände also auf die Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten gerichtet ist. Unzweifelhaft

7) OLG Hamm, NJW 1964, S.1429; vgl. auch Eser, JuS 1964, S.477.

8) So z.B. Westermann, NJW 1962, S. 2216. Die Zueignung wird weiter verneint u.a. von Schönke/Schröder, § 242, Anm.49; Schwarz/Dreher, § 242 Anm.3) A b); Petters/Preisendanz, § 242 Anm. VI 2 a); Welzel, S.304; Eser, JuS 1964, S.477; Rudolphi, GA 1965, S.33; Wessels, JZ 1965, S.631; Küppers, NZWehrR 1964, S.103.

9) BGHSt 19/387; ebenso OLG Celle, NdsRPfl.1964, S.230 (Entwendung einer Kampfjacke) und bereits LG Hannover, NZWehrR 1961, S. 131 (Feldmütze).

sollte dabei sein, daß "Berechtigter" in diesem Sinne allein der Eigentümer der jeweiligen Sache ist, also z.B. der Bundeswehrfiskus, der Arbeitgeber usw. ¹⁰⁾). Daß der Dienstgegenstand durch die Handlung des Täters auch seine Verwendungsmöglichkeit nicht verliert, leuchtet ebenfalls ein. Eine Zueignungsabsicht kann folglich nur dann angenommen werden, wenn das Eigentumsrecht des Eigentümers geleugnet werden soll. Dem steht nicht entgegen, daß der Täter die Sache gerade dem Eigentümer aushändigt. Denn wie bereits erwähnt ¹¹⁾, sind durchaus Fälle denkbar, in denen der Täter die weggenommene Sache dem Berechtigten unter Leugnung des Eigentumsrechts zurückgibt, indem er etwa den Eigentümer über die Herkunft der Sache täuscht oder dessen Beweisnotstand ausnutzt. Nun erfolgt in der Tat auch hier eine Täuschung des Eigentümers durch den Täter. Denn bei der Abgabe des Dienstgegenstandes anlässlich der Abmusterung bzw. des Ausscheidens aus dem Betrieb gibt der Täter konkludent zu erkennen, daß es sich bei den vorgelegten Gegenständen um dieselben handelt, die er bei Antritt des Dienstes ausgehändigt erhalten hat. Gleichwohl liegt in dieser Täuschung keine Verneinung des Eigentumsrechts des Berechtigten. Während sich z.B. im "Getreidefall" des Reichsgerichts ¹²⁾ der Täter dem Berechtigten gegenüber

10) Das OLG Hamm, NJW 1964, S.1428, versucht jedoch, seine Ansicht u.a. damit zu begründen, daß "Berechtigter" in diesem Sinne auch der Gewahrsamsinhaber sei. Dabei wird verkannt, daß der durch die Zueignung Betroffene nur der Eigentümer sein kann, wenngleich geschütztes Rechtsgut des § 242 StGB nach h.M. auch der Gewahrsam ist. (So mit Recht Eser, JuS 1964, S. 479). Das wird besonders deutlich, wenn man statt des § 242 den § 246 betrachtet, bei dem das Gewahrsamsmoment entfällt und ausschließlich auf die Zueignung abgestellt wird.

11) Siehe oben, S. 51 ff.

12) RGSt 57/199.

selbst als Eigentümer der Getreidesäcke ausgibt und somit zugleich das Eigentumsrecht des Berechtigten in Abrede stellt, also verneint, gibt der Täter in den hier fraglichen Fällen die Dienstgegenstände gerade in Anerkennung des Eigentums des Bundeswehrfiskus bzw. des Arbeitgebers zurück, verneint demnach das Eigentumsrecht nicht. Eine Zueignung ist somit im Ergebnis abzulehnen.

b) Das Entwenden von Geld

Diese Grundsätze gelten abgesehen von den Bundeswehrfällen und den Entwendungen am Arbeitsplatz auch überall dort, wo der Täter einem Gewahrsamsinhaber eine Sache wegnimmt, um sie dem Eigentümer zu übergeben, gleichgültig, ob der Täter dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt oder nicht ¹³⁾. Dabei kommt es nicht auf die Beschaffenheit dieser Sache als Zueignungsobjekt an: Selbst wenn es sich um Geldscheine handelt, scheidet eine Zueignung aus, falls sich der Sachverhalt ebenso verhält wie in den genannten Fällen ¹⁴⁾. Das folgende, von WESSELS ¹⁵⁾ angeführte Beispiel mag dies veranschaulichen: Der Täter, ein Bundesbahnangestellter am Fahrkartenschalter, entwendet seinem Kollegen aus dessen Fahrkartenkasse einen 50-Mark-Schein und legt ihn sofort in seine Kasse, um bei der Abrechnung einen Fehlbestand von 50.-DM zu verdecken.

Eine "Enteignung" der Bundesbahn als der Eigentümerin des 50-Mark-Scheins ist vom Täter nicht beabsichtigt: Er gibt den fraglichen Geldschein in Anerkennung des

13) So mit Recht Wessels, JZ 1965, S.635: A und B haben im Verleihhaus V für ein Fest je einen Gesellschaftsanzug entliehen. Nach dem Fest hat A seinen Anzug verloren. Er entwendet den Anzug des B und gibt diesen bei V als den angeblich von ihm entliehenen zurück: A hat sich diesen Anzug nicht zugeeignet!

Eigentumsrechts der Berechtigten zurück! Daß er sich dadurch dem Ersatzanspruch der Bundesbahn gegen ihn wegen des erlittenen Fehlbestandes von 50.- DM entzieht, spielt hier im Ergebnis ebensowenig eine Rolle wie z.B. in den Bundeswehrfällen usw. Würde der Täter jedoch auch die entwendeten 50.- DM verbrauchen und einen anderen 50- Mark-Schein in seine Kasse legen, so würde er sich das entwendete Geld zueignen. Ebenso wäre zu entscheiden, wenn der Täter seinem Kollegen den 50-Mark-Schein entwenden würde, um damit seine in Höhe des Fehlbetrags gegenüber der Bundesbahn bestehende Schuld zu tilgen. In diesem Falle würde der Täter den Geldschein als eigenen offerieren und somit das Eigentumsrecht der Berechtigten leugnen ¹⁶⁾. Regelmäßig wird aber der Schalterbeamte in diesen Fällen das Eigentumsrecht der Bundesbahn nicht verneinen ¹⁷⁾. Denn der 50-Mark-Schein bleibt auch in der Kasse des Täters Eigentum der Bundesbahn und wird auch weiterhin vom Täter als deren Eigentum

-
- 14) Schwierigkeiten können sich hier insoweit ergeben, als es oft nicht feststellbar sein wird, ob es sich bei dem fraglichen Geldschein um den des Eigentümers und nicht des Gewahrsamsinhabers handelt. Insbesondere wird der Täter dem Eigentümer den Geldschein häufig nicht auf Grund dessen Eigentumsrechts zurückgeben wollen, sondern zur Tilgung einer eigenen Schuld und damit als eigenes Zahlungsmittel unter Leugnung des Eigentumsrechts des Berechtigten.
- 15) JZ 1965, S.636.
- 16) Die Unterschiede sind zwar subtil. Es muß aber gerade in diesen Geldfällen ganz besonders beachtet werden, daß zum einen der Geldschein in seiner Individualität zu sehen und nicht nur auf den entsprechenden Wert abzustellen ist und daß zum anderen die Willensrichtung des Täters in besonderem Maße zu berücksichtigen ist.
- 17) A.A. Wessels, JZ 1965, S.636.

behandelt. Bei der Abrechnung am Abend wird der Geldschein vom Täter in Anerkennung des Eigentumsrechts der Bundesbahn zurückgegeben, und deren empfangsberechtigter Vertreter nimmt den Schein auch im Bewußtsein des Eigentumsrechts der Bundesbahn entgegen. Er wird vom Täter lediglich über die Person getäuscht, die den Geldschein für die Bundesbahn zu Eigentum erworben hat, jedoch nicht über die Eigentumsverhältnisse an dem Schein. Der Fall ist hinsichtlich der Zueignung nicht anders zu beurteilen, als wenn der Täter zwei Kassen seines Dienstherrn führt, wobei z.B. die Abrechnung für beide Kassen abwechselnd erfolgt: Weist nun die eine Kasse einen Fehlbetrag auf und ersetzt der Täter diesen Betrag durch einen Geldschein aus der anderen Kasse, so eignet er sich auch diesen nicht zu, wenn er ihn bei der Abrechnung dem Prinzipal in Anerkennung dessen Eigentumsrechts übergibt. Indem der Täter am folgenden Tag umgekehrt verfährt und nunmehr mit einem Geldbetrag aus der ersten Kasse den Fehlbestand der zweiten ausgleicht usw., kann er diesen seinem Dienstherrn gegenüber auch für längere Zeit verbergen. Es hieße die Willensrichtung des Täters willkürlich bestimmen, wollte man ihm in diesen Fällen unterstellen, er gebe bei jeder Abrechnung den Betrag, der aus der jeweils anderen Kasse stammt, nicht in Anerkennung des Eigentumsrechts des Prinzipals zurück, sondern als Ersatzleistung aus eigenem Vermögen: Ein solcher Wille fehlt dem Täter ebenso wie dem Soldaten bei der Abmusterung oder dem Entleiher eines Gesellschaftsanzugs bei Rückgabe des einem anderen Entleiher entwendeten Anzugs an den Verleiher. Der Entleiher gibt den Anzug als den von ihm entliehenen, nicht aber als Ersatz für den ihm abhanden gekommenen zurück! Ebenso händigt der Kassenführer seinem Dienstherrn den aus der zweiten Kasse stammenden Betrag als den aus der ersten stammenden aus, nicht aber als Ersatz für den Fehl-

betrag aus der ersten Kasse ¹⁸⁾. Dabei soll nicht bestritten werden, daß der Täter in manchen Fällen tatsächlich das entwendete Geld als eine eigene Ersatzleistung für den von ihm zu vertretenden Fehlbetrag zurückgibt. Dann ist im Ergebnis eine Zueignung zu bejahen. Ob das aber der Fall ist, ist eine Tatfrage, die keineswegs von vornherein im letzteren Sinne entschieden werden kann; vielmehr wird die Rückgabe des Geldes in Anerkennung des Eigentumsrechts des Dienstherrn die Regel sein ¹⁹⁾. Deshalb hätte es auch in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen, diese Materie berührenden Fall einer eingehenden Prüfung des Sachverhalts unter Berücksichtigung des Täterwillens bedurft ²⁰⁾. Jedoch

-
- 18) Vgl. Doerr, JW 1927, S.909, dem im Ergebnis mit der Ansicht zu folgen ist, "daß im vorliegenden Falle eine Zueignung nur dann gegeben wäre, wenn der Täter das Geld zunächst in sein eigenes wirtschaftliches Vermögen gebracht und dann etwa zu einer ihm obliegenden Deckung eines Fehlbetrags angewendet hätte". Vgl. im Ergebnis ebenso RG JW 1927, S.908 Nr. 29.
- 19) Nicht zu folgen ist somit Rudolphi, GA 1965, S.44, der in der Handlung des Täters bereits ihrem "objektiven Sinngehalt" nach eine Erfüllung der Pflicht zum Ersatz des Fehlbetrags sieht. Vielmehr entzieht sich der Täter in den meisten Fällen der Erfüllung gerade durch Täuschung über das Bestehen eines entsprechenden Anspruchs. Auch durch das von Rudolphi, aaO., Anm.53, angeführte Beispiel wird die Richtigkeit seiner Ansicht keineswegs bewiesen: Denn zahlt der Täter an einen Kassensprüfer, der den Fehlbetrag entdeckt hat, mit Geldern des Dienstherrn, so ist Zueignung zu bejahen, weil der Täter hier das Geld auch für den Dienstherrn erkennbar nicht in Anerkennung des Eigentumsrechts, sondern unter Leugnung desselben zurückgibt. Hier täuscht er über die Eigentumsverhältnisse an dem Geld! Denn der Dienstherr glaubt, das Geld des Täters zu erlangen, während er tatsächlich sein eigenes auf Grund einer neuen causa (Ersatzpflicht des Täters) erhält.
- 20) BGHSt 9/348. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Täter, ein Schalterbeamter bei der Bundespost, legte, um Kassensfahrbeträge zu verdecken, Geldbeträge, die bei ihm mittels Zahlkarte eingezahlt worden waren, in die Kasse, buchte sie jedoch nicht in der von ihm zu führenden Einzahlungsliste und behielt die Zahlkartensabschnitte zurück.

wird aus der Tatsache, daß der Täter das eingezahlte Geld nicht in der Einzahlungsliste buchte, gefolgert, daß er " die Verfügungsbefugnis des Eigentümers beseitigte und das Geld in das eigene Vermögen brachte, indem er es wie ein Eigentümer dazu benutzte, um die von ihm sonst aus eigenen Mitteln zu erstattenden Fehlbeträge zu beseitigen". Zuzugeben ist, daß die Falschbuchung und das Zurückhalten der Zahlkartenabschnitte für eine Deutung des Sachverhalts im Sinne des Bundesgerichtshofs sprechen könnte. Diese Auslegung ist jedoch keineswegs zwingend. Vielmehr ist es ebensogut möglich, daß der Täter das Geld bei der Abrechnung in Anerkennung des Eigentumsrechts der Post zurückgegeben hat, und zwar als den Betrag, der bei ihm mittels anderer Zahlkarten eingezahlt worden ist ²¹⁾. Daher ist auch hier das Verhalten des Täters seinem objektiven Sinngehalt nach nicht auf die Erfüllung einer eigenen Schuld gerichtet, sondern bleibt einer Auslegung nach beiden Richtungen hin fähig ²²⁾.

Ein objektiver Sinngehalt dieser Art kann einem solchen Verhalten des Täters im Ergebnis ebensowenig beigegeben werden, wie wenn es sich anstatt um Geld um eine

-
- 21) Mit Recht führt in einer Anmerkung zu diesem Urteil des BGH daher auch Koch, NJW 1957, S.151 an, daß die Einlassung des Täters, er habe die Fehlbeträge nur vorübergehend verschleiern wollen, für die letztere Ansicht, also gegen eine Zueignung spreche.
- 22) Anders jedoch Rudolphi, GA 1965, S. 44 f. Vgl. andererseits aber Gribbohm, JuS 1963, S.106 ff. und MDR 1965, S.874 mit ausdrücklicher Ablehnung der Ansicht Rudolphis; Koch, NJW 1957, S.150; Merkel, JW 1932, S.950; Maurech, S.231; Welzel, S.503; Schönke/Schröder, § 350, Anm.16. Der Entscheidung des BGH wird außer von Rudolphi auch zugestimmt von Wessels, JZ 1965, S.636; Schwarz/Dreher, § 350, Anm. 1) B; Petters/Preisendanz, § 350 Anm.5; Kohlrausch/Lange, § 350 Anm. IV 2; Dalcke/Fuhrmann/Schäfer, § 350 Anm.4.

andere körperliche Sache als Zueignungsobjekt handeln würde. Wer z.B. damit beauftragt ist, Kleiderspenden entgegenzunehmen, um sie am Ende der Aktion bei seinem Dienstherrn abzuliefern, eignet sich gewiß den Anzug zu, den er - weil er ihm gut gefällt - mit nach Hause nimmt und in seinen Kleiderschrank hängt. Gibt er dann aber, um diese Tat zu verdecken, bei seinem Prinzipal einen anderen gespendeten Anzug ab, den er nicht in der Spendenliste vermerkt hat, so ist doch der objektive Sinngehalt dieses Verhaltens viel eher eine Täuschung des Dienstherrn über dessen Anspruch hinsichtlich des ersten - zugeeigneten - Anzugs als eine Leugnung des Eigentumsrechts des Dienstherrn hinsichtlich des zweiten Anzugs. Den zweiten Anzug eignet sich der Täter nicht zu ²³⁾.

Der Ansicht, diese Grundsätze könnten nicht Anwendung finden, wenn es sich bei dem Zueignungsobjekt um Geld handle, kann allenfalls zugegeben werden, daß die Möglichkeit, daß der Täter in diesen Fällen, anstatt über einen Ersetzenspruch zu täuschen, eine eigene Schuld tilgen will, etwas größer sein mag als in den übrigen Fällen. Es ist jedoch nicht richtig, den objektiven Sinngehalt dieses Verhaltens nach der Beschaffenheit des Zueignungsobjekts zu bestimmen. Regelmäßig wird auch in den

23) Eine Zueignung läge aber z.B. dann vor, wenn die Unterschlagung vom Dienstherrn entdeckt worden wäre und der Täter diesem nunmehr den zweiten Anzug als "Ersatzleistung" für den unterschlagenen aushändigen würde (vgl. auch Rudolphi, GA 1965, S.44, Anm. 53). Ebenso wäre in dem von Wessels, JZ 1965, S. 635 gebildeten Gesellschaftsanzugs-Fall eine Zueignung zu bejahen, wenn der Entleiher den Verlust des von ihm entliehenen Anzugs dem Verleiher eingestehen würde und ihm den dem anderen Entleiher entwendeten Anzug als "Ersatz" übergäbe (vgl. Rudolphi, aaO., S.45, Anm.61). Insoweit bestände dann im Ergebnis kein Unterschied mehr zum "Getreidefall" des Reichsgerichts (RGSt 57/199). Vgl. dazu im einzelnen oben, S.51 ff.

Geldfällen die Tat auf Täuschung des Dienstherrn über einen bestehenden Ausgleichsanspruch gerichtet sein und nicht auf Tilgung einer eigenen Schuld, d.h. auf die Vorspiegelung, das Defizit werde mit eigenem Geld des Täters ersetzt: Die Rückgabe des Geldes erfolgt regelmäßig wie die Rückgabe der Dienstgegenstände usw. in Anerkennung des Eigentumsrechts des Eigentümers an dem jeweiligen Geldschein, nicht aber auf Grund einer neuen *causa* ²⁴⁾ durch einen sich nach außen als Eigentumsübertragungsakt darstellenden Vorgang.

c) Ergebnis

Ebenso wie der klassische Fall des *furtum usus*, daß nämlich dem Eigentümer eine Sache vorübergehend entzogen wird in der Absicht, sie ihm in Anerkennung seines Eigentumsrechts wieder zurückzugeben, sind somit auch die Fälle zu entscheiden, in denen die Sache nicht dem Eigentümer, sondern dem von ihm verschiedenen Besitzer entwendet wird in der Absicht, sie dem Eigentümer zu übergeben: Solange hier wie dort durch den Gebrauch der Sache nicht die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit beseitigt wird, wird der Eigentümer folglich nicht "enteignet". Eine Zueignung scheidet deshalb aus. Ob dieses Ergebnis auch kriminalpolitisch zu vertreten ist, ist eine andere Frage, auf die hier nicht näher einzugehen ist. In der Entscheidung des OLG Hamm ²⁵⁾ klingt allerdings an, daß offenbar auch kriminalpolitische Erwägungen zur Annahme der Zueignung beigetragen

24) A.A. ausdrücklich Rudolphi, GA 1965, S.45.

25) OLG Hamm, NJW 1964, S.1428; vgl. auch Eser, JuS 1964, S.478, Anm.15.

haben, wenn es dort u.a. heißt: " Der Täter verstößt in grober Form gegen die Kameradschaft und verrät einen verbrecherischen Willen, der eine strafrechtliche Ahndung erfordert." In der Tat wird eine strafrechtliche Ahndung dieser Fälle zuweilen nicht möglich sein, wenn nämlich auch eine Verurteilung nach § 263 StGB nicht in Betracht kommt, weil z.B. der Täter mit der Täuschung des Eigentümers noch gar nicht begonnen hat, bzw. beim Eigentümer kein Irrtum erregt worden ist ²⁶⁾. Daß diese Fälle jedenfalls dann, wenn der Täter dem Besitzer die Sache in der Absicht wegnimmt, ihm einen erheblichen Nachteil zuzufügen, strafwürdig sein können, findet seinen Ausdruck im § 251 E 1962 ²⁷⁾.

26) Vgl. dazu im einzelnen Wessels, JZ 1965, S.635. Auch eine Bestrafung gem. §§ 133, 289 StGB wird in der Regel ausscheiden; vgl. Wessels aaO., OLG Celle, NdsRpfl. 1964, S.231.

27) Vgl. Wessels, JZ 1965, S.635. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, daß die endgültige Fassung des § 251 E 1962 in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission sehr umstritten war und vielfach eine Einordnung der Sachentziehung ausschließlich in die Gruppe der Eigentumsdelikte gefordert wurde: Vgl. vor allem den Abänderungsvorschlag von Gallas, Niederschr. Bd. 6, S.315 f. und seine Ausführungen aaO. S. 101 f., wonach die Sachentziehung ein "subsidiäres Enteignungsdelikt" sein soll, also ausschließlich die Lücke zwischen den §§ 242, 246 StGB einerseits und § 303 StGB andererseits ausfüllen soll. (Dauern des Entziehen einer Sache, ohne sie zu beschädigen oder sich zuzueignen.) Wie Gallas im Ergebnis auch Welzel, Niederschr. Bd. 6, S.102 f., Bockelmann, aaO., S.103. Der von Gallas vorgeschlagenen Fassung stimmten ferner zu: Dürr, Jescheck, Neumayer, Eb.Schmidt, Sieverts, Simon (vgl. Niederschr. Bd.6, S.104). Als bloße Eigentumsschutzvorschrift wäre die Sachentziehung auf die hier fraglichen Fälle jedoch nicht anwendbar, da eine Eigentumsentziehung ("Enteignung") nicht vorliegt.

3. Die Zueignung von Kraftfahrzeugen

In einer kaum noch übersehbaren Vielzahl von Entscheidungen haben sich der Bundesgerichtshof und die Oberlandesgerichte in den letzten Jahren mit der Zueignung von Kraftfahrzeugen befaßt ¹⁾. Stets war in diesen Fällen die Abgrenzung der Zueignung vom furtum usus problematisch und damit die Frage, ob sich der Täter im Ergebnis eines Diebstahls bzw. einer Unterschlagung oder aber nur eines unbefugten Gebrauchs von Fahrzeugen nach § 248 b StGB schuldig mache.

Abgesehen von den Schwierigkeiten, denen sich der Richter wohl in den meisten dieser Fälle gegenüber sieht, wenn er den wirklichen Täterwillen erforschen will ²⁾, lassen sich die hier fraglichen Abgrenzungsprobleme im wesentlichen in zwei verschiedene Komplexe

-
- 1) Vgl. z.B. BGHSt 5/205; BGH VRS 13/41; 14/199, 363; 17/56; 19/441; 22/206; 24/213; 25/268; BGH NJW 1961, S. 2122; BayObLG, VRS 19/364; OLG Neustadt, VRS 21/362, 363; OLGSt. § 242, S.1; OLG Celle, NdsRpfl. 1962, S.168; OLG Köln, JMB1NRW 1962, S.175; OLG Hamm, JMB1NRW 1960, S.230; 1962, S.110; OLG Braunschweig, OLGSt. § 248 b, S.4; vgl. auch AG Nienburg, NdsRpfl. 1963, S.70; LG Mannheim, NJW 1965, S.1929.
 - 2) Regelmäßig wird sich der Täter, der bei der Entwendung oder kurze Zeit danach festgenommen wird, dahin einlassen, er habe das Fahrzeug nach einer Spritzfahrt wieder an den ursprünglichen Platz stellen wollen. In diesen Fällen ist es dem Richter kaum möglich, anhand der objektiven Gegebenheiten diese Einlassung zu widerlegen (vgl. z.B. Wersdörfer, NJW 1958, S.1031; Seibert, DAR 1955, S.298, NJW 1958, S.1222; Kohlhaas, DAR 1962, S.281), es sei denn aus der Persönlichkeit des Täters (Vorstrafen usw.) ließen sich bestimmte Rückschlüsse ziehen (vgl. insbesondere BGH VRS 24/213).

gliedern: Zum einen geht es um die Frage, wie das Abstellen des fremden Fahrzeugs durch den Täter nach unbefugter Fahrt an bestimmtem oder beliebigem Orte zu bewerten ist, wobei regelmäßig davon ausgegangen werden kann, daß der Täter von vornherein die Absicht hat, das Fahrzeug dort abzustellen, wo er es dann auch stehen läßt³⁾. Zum andern ist zu prüfen, wann der Täter, der mit einem fremden Fahrzeug unbefugt fährt und es entsprechend abnutzt, die Grenze erreicht, von welcher an nicht mehr nur von einem bloßen "Gebrauchsdiebstahl" gesprochen werden kann, sondern Zueignung vorliegt.

a) Das Abstellen des Fahrzeugs nach
unbefugter Fahrt

Nach ständiger Rechtsprechung nimmt derjenige ein Kraftfahrzeug in Zueignungsabsicht weg, der es nach unbefugtem Gebrauch "dem beliebigen Zugriff Dritter" preisgeben will. Eine solche Preisgabe wird in dem Stehenlassen des Wagens in weiter Entfernung vom Ort der Wegnahme ebenso gesehen wie in einem Abstellen des Fahrzeugs in einer anderen Straße derselben Großstadt oder größeren Mittelstadt⁴⁾. Denn hier soll es ebenso wie dort dem Zufall überlassen sein, ob der Eigentümer seinen Wagen zurück-erlangt oder nicht. Gegen diese in der Rechtsprechung und

3) Nur in Ausnahmefällen, z.B. bei Eintritt unvorhergesehener äußerer Ereignisse, ist in der tatsächlichen Handlung des Täters eine Abweichung von seiner vorgefaßten Absicht zu sehen. Vgl. z.B. OLG Celle, NdsRpfl. 1962, S.168: Das äußere Ereignis war hier eine Reifenpanne.

4) Vgl. BGH VRS 13/41, 14/363, 19/441.

auch im Schrifttum herrschenden Meinung sind nur vereinzelt Einwände erhoben worden ⁵⁾. In jüngster Zeit hat lediglich SCHAUDWET ⁶⁾ diese Meinung angegriffen. Er verneint in den Fällen, in denen der Täter das Fahrzeug von vornherein an irgendeiner Stelle stehenlassen will, generell eine Zueignungsabsicht, weil der Täter den Berechtigten nicht dauernd von der Einwirkungsmöglichkeit auf die entwendete Sache ausschließen wolle.

Die Frage, ob es sich hier um eine Zueignung handelt oder lediglich eine bloße Gebrauchsannehmung vorliegt, kann im Ergebnis nicht anders beantwortet werden, als wenn statt der Kraftfahrzeuge und Fahrräder andere Sachen Gegenstand der Tat wären. Daß der Gesetzgeber das *furtum usus* in diesen Fällen ausnahmsweise unter Strafe gestellt hat, entspricht kriminalpolitischen Erwägungen ⁷⁾, rechtfertigt aber grundsätzlich eine Verwischung der Grenzen zur Zueignung ebensowenig, wie wenn auch der bloße Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern straflos wäre. Es kommt folglich auch hier darauf an, ob die Eigentümerposition des Berechtigten auf Dauer gezeugnet wird, ob also das Eigentumsrecht verneint oder aber die Verwendungsmöglichkeit des Fahrzeugs wesentlich beeinträchtigt wird.

Sieht man von der Größe eines Kraftfahrzeugs und von der relativ einfachen Feststellbarkeit seines Halters ab, so ist das Stehenlassen desselben nach unbefugter Fahrt an beliebiger Stelle mit dem Wegwerfen einer anderen Sache nach entsprechendem Gebrauch - etwa eines Jagdgewehrs nach der Jagd - ohne weiteres vergleichbar. Wer sich aber ein

5) z.B. Schönke/Schröder, § 242 Anm. 55; vgl. vor allem auch die 10. Auflage, § 242 Anm. VII 2 a.

6) JR 1965, S. 413.

7) Vgl. z.B. Wagner, JR 1932, S. 253.

fremdes Gewehr für die Jagd "besorgt", um es anschließend wegzuwerfen, nimmt es in Zueignungsabsicht weg, gleichgültig, ob er es im Wald oder auf der Landstraße wegzuwerfen gedenkt. Zwar ist die Wahrscheinlichkeit, daß das Gewehr auf der Landstraße gefunden wird und der Eigentümer es vom Finder (z.B. über das Fundamt) zurück-erlangt, ungleich größer, als wenn es im Walde läge. Dennoch wäre die Absicht des Täters, das Eigentumsrecht des Berechtigten auf Dauer zu verneinen, hier gegeben. Denn die in der Entwendung und dem unbefugten Gebrauch der fremden Sache bestehende Mißachtung des fremden Eigentumsrechts wird durch die Nicht-Rückgabe der Sache seitens des Täters zu einer dauernden Verneinung des Eigentumsrechts des Berechtigten. Ebenso handelt aber auch derjenige in Zueignungsabsicht, der das fremde Fahrzeug entwendet, um es nach unbefugter Fahrt "irgendwo" stehen-zulassen: Er will den Eingriff in das fremde Eigentums-recht nicht durch Rückgabe des Fahrzeugs in Anerkennung des fremden Rechts abbrechen, sondern den von ihm ge-schaffenen Zustand fort dauern lassen, ohne selbst Ein-fluß auf das weitere Schicksal des Fahrzeugs zu nehmen⁸⁾. Zwar ist SCHAUDWET ⁹⁾ zuzugeben, daß der Täter regelmä-ßig nicht beabsichtigt, den Eigentümer für immer vom Besitz des Fahrzeugs auszuschließen. Seine Absicht ist aber darauf gerichtet, einen Zustand herzustellen, der

8) Daß Kraftfahrzeuge in vielen Fällen noch im gleichen Zustand, wie sie der Täter verlassen hat, wieder auf-gefunden und auf Grund des amtlichen Kennzeichens auch dem Berechtigten von der Polizei wieder zugestellt werden, rechtfertigt daher ebensowenig die Ablehnung der Zueignung wie in anderen Fällen die Tatsache, daß der fremde vom Täter weggeworfene Gegenstand gefunden und dem Eigentümer z.B. über das Fundamt zugestellt wird.

9) JR 1965, S.414.

erfahrungsgemäß die Möglichkeit der Zerstörung oder dauernden Entziehung zumindest ebenso offenläßt wie die Rückführung des Fahrzeugs zum Eigentümer. Mag auch die Konstruktion der "Enteignung", die von der überwiegenden Meinung als die auf Dauer gerichtete Ausschließung des Berechtigten von der Sache definiert wird, der Kritik SCHAUDWETS Ansatzpunkte bieten, da die Absicht des Täters, d.h. sein auf den Erfolg gerichteter Wille, nicht auf den dauernden Ausschluß des Eigentümers abzielt, insoweit vielmehr nur ein bedingter Vorsatz vorliegt¹⁰⁾. Die Bestimmung des negativen Zueignungselements als Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten erfaßt jedoch diesen Fall ohne weiteres: Der Täter bricht die durch die unbefugte Ingebrauchnahme des Fahrzeugs bewiesene Mißachtung des fremden Eigentumsrechts nicht ab, sondern gibt durch das Stehenlassen des Fahrzeugs an beliebiger Stelle, wo es dem Zugriff jedes Dritten ausgesetzt ist, zu erkennen, daß er auch weiterhin die Eigentümerposition des Berechtigten leugnet.

Dennoch mag der Umstand, daß das furtum usus in diesen Fällen ausnahmsweise nicht straflos ist und es sich darüber hinaus bei Kraftfahrzeugen um große, kaum zu verbergende Gegenstände handelt, deren Eigentümer relativ leicht feststellbar sind, im Ergebnis doch einen gewissen

10) Vom Standpunkt der h.M. aus, wonach der Berechtigte auf Dauer von der Sache auszuschließen ist, ist deshalb auch der Versuch Schaffsteins (GA 1964, S.102 ff.) bemerkenswert, die Lösung des hier aufgezeigten Problems durch eine genauere Analyse des Absichtsbegriffs in § 242 StGB zu finden. Schaffstein schlägt vor, die Absicht i.S. des dolus directus 1. Grades nur für das positive Zueignungselement zu fordern, für das negative Zueignungselement dagegen den dolus directus 2. Grades, ja sogar den dolus eventualis (!) genügen zu lassen. Vgl. auch unten, S.141, Anm.14

Einfluß auf den Enteignungsbegriff ausüben. Es leuchtet nämlich ein, daß der Täter, falls er dem Berechtigten den Wagen nach dem unbefugten Gebrauch selbst zurückgäbe, sich der Strafverfolgung nach § 248b StGB aussetzen würde, während der Entwender einer anderen Sache bei deren Rückgabe lediglich Unannehmlichkeiten und gegebenenfalls zivilrechtliche Folgen zu befürchten hätte. Soweit aber die Rückgabe des Fahrzeugs der Selbstanzeige eines Vergehens nach § 248b StGB gleichkommt, kann sie dem Täter nicht zugemutet werden. Es kann deshalb nicht verlangt werden, daß der Täter dem Eigentümer persönlich den Wagen übergibt, auch nicht, daß er den Wagen an derselben Stelle abstellt, von wo er ihn fortgenommen hat; er braucht das Kraftfahrzeug auch nicht in der gleichen Straße abzustellen, ja nicht einmal im gleichen Ort: Auf das "Wo" kommt es in diesem Zusammenhang letztlich nicht entscheidend an; ausschlaggebend ist vielmehr das "Wie", nämlich das Verhalten des Täters nach der unbefugten Fahrt, wobei es darauf ankommt, ob sich aus diesem Verhalten des Täters die Anerkennung des fremden Eigentumsrechts ergibt. Es bieten sich insoweit verschiedene Möglichkeiten an, immer aber ist erforderlich, daß die vom Täter nach der Fahrt entfaltete, auf Herstellung des ursprünglichen Zustandes gerichtete Tätigkeit nach der Lebenserfahrung geeignet ist, das Fahrzeug mit an Sicherheit grenzender¹¹⁾ Wahrscheinlichkeit seinem rechtmäßigen Inhaber zuzuführen. Das bloße Abstellen eines Wagens an beliebiger Stelle reicht hierfür niemals aus; vielmehr ist das Fahrzeug dann dem Zugriff jedes Dritten und damit zugleich der Beschädigung und Zerstörung ausgesetzt.

11) z.B.: Der Täter stellt den Wagen auf einem bewachten Parkplatz ab und erstattet dem Eigentümer bzw. der Polizei telefonisch oder brieflich Meldung.

Der Unterschied zwischen der vom Entwender geforderten, auf Rückführung des Fahrzeugs gerichteten Tätigkeit und der Rückgabe anderer weggenommener Sachen besteht aber nur scheinbar. Um Unannehmlichkeiten zu vermeiden, kann auch der Entwender einer anderen Sache diese dem Eigentümer zustellen, ohne sie ihm persönlich zu übergeben: Er kann sie z.B. mit der Post anonym zusenden. Allerdings ist bei anderen Sachen als Kraftfahrzeugen regelmäßig erforderlich, daß der Berechtigte bzw. sein Aufenthalt dem Täter bekannt ist - ein Abliefern der Sache bei der Polizei ohne Angabe des Berechtigten wird zumeist nicht genügen -, während sich der Eigentümer eines Kraftfahrzeugs auf Grund des amtlichen Kennzeichens leicht feststellen läßt. So ist es letztlich allein dieser Umstand, der es rechtfertigt, die Rückgabe von Kraftfahrzeugen als eine Ausnahme von der Rückgabe anderer Sachen anzusehen.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß derjenige sich ein Fahrzeug zueignet, der es unbefugt gebraucht und anschließend keine Vorkehrungen trifft, durch welche das Fahrzeug mit Sicherheit seinem rechtmäßigen Inhaber zugeführt wird ¹²⁾ und daß derjenige einen Diebstahl begeht, der das Fahrzeug in dieser Absicht entwendet.

Die wesentliche Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit des Fahrzeugs stellt demgegenüber in den hier fraglichen Fällen, in denen das Auto oder das Fahrrad nach

12) "Mit Sicherheit" in diesem Sinne bedeutet, daß die Tätigkeit nach allgemeiner Lebenserfahrung geeignet ist, das Fahrzeug dem Eigentümer alsbald und wohlbehalten wieder zuzuführen. Objektiv unvorhersehbare Ereignisse, derentwegen das Fahrzeug dem Eigentümer wider Erwarten nicht zugestellt werden kann, müssen dagegen außer Betracht bleiben.

relativ kurzer Fahrtdauer irgendwo abgestellt wird regelmäßig kein geeignetes Abgrenzungskriterium der Zueignung vom bloßen furtum usus dar: Die Verwendungsmöglichkeit der Fahrzeuge ist nämlich sehr oft nicht entscheidend beeinträchtigt. Wollte man das negative Zueignungselement hier allein danach bestimmen, ob das Fahrzeug dem Eigentümer im Ergebnis auch tatsächlich dauernd entzogen worden ist, so müßte man konsequenterweise SCHAFFSTEIN ¹³⁾ folgen, der in der Preisgabe des Fahrzeugs durch Stehenlassen an beliebiger Stelle keine "Enteignung" des Berechtigten, sondern nur die je nach den Umständen mehr oder minder große Gefahr sieht, daß eine "Enteignung" eintreten könnte, nämlich der Verlust oder die Beschädigung des Fahrzeugs. Daß diese Ansicht SCHAFFSTEINS aber äußerst bedenklich ist, folgt aus dem logischen Ergebnis seiner Auffassung, daß nämlich der Zufall bestimmt, ob sich der Täter das Fahrzeug zueignet oder nicht ¹⁴⁾.

b) Abnutzung des Fahrzeugs durch
bestimmungsgemäßen Gebrauch

Wird der Entwender eines fremden Kraftfahrzeugs nach kurzer Zeit z.B. durch eine Polizeistreife gestellt und erklärt er dann, er habe das Fahrzeug wieder an den

13) GA 1964, S.108 f.

14) Freilich wird dieses unhaltbare Ergebnis von Schaffstein selbst korrigiert: Nach seiner Ansicht genügt bekanntlich (vgl. oben, S.139, Anm.10) für die Zueignungsabsicht hinsichtlich der "Enteignung" dolus eventualis, d.h.: Will der Täter das Auto irgendwo stehenlassen und nimmt er dabei in Kauf, daß es in Verlust gerät bzw. beschädigt wird, so ist Diebstahl zu bejahen. Mag diese Konstruktion auch bei § 242 StGB zu durchaus richtigen Ergebnissen führen, für die Unterschlagung ist sie jedoch unanwendbar: Hier muß die Zueignung tatsächlich vorliegen! Sie würde aber vom Zufall abhängen. S. 143.

Ort zurückbringen wollen, von wo er es weggenommen hat, so wird ihm diese Einlassung sehr oft nicht zu widerlegen sein ¹⁵⁾. Häufig wird der Täter jedoch erst gefaßt, nachdem er bereits eine große Strecke zurückgelegt hat und das Fahrzeug im Verhältnis zu seinem ursprünglichen Zustand erheblich abgenutzt worden ist. Regelmäßig wird der unbefugte Fahrer sich auch in diesen Fällen darauf berufen, daß er das Fahrzeug nicht für immer habe behalten, sondern es schließlich dem Eigentümer habe zurückgeben wollen. Zuweilen wird er tatsächlich das mehr oder weniger stark beschädigte Fahrzeug nach großer Fahrt oder zeitlich langem Gebrauch auch dem Berechtigten wieder zustellen.

Zweifelhaft ist in diesen Fällen aber, ob den Einlassungen des Täters geglaubt werden darf bzw. ob die Rückgabe des abgenutzten Fahrzeugs nach einem derart intensiven Gebrauch die Zueignung ausschließt. Die Antwort darauf ist - wie bereits gezeigt wurde ¹⁶⁾ - eindeutig, wenn der Täter anstelle des ursprünglich fahrtüchtigen Kraftwagens nunmehr ein unbrauchbares Autowrack zurückgibt: Entwendet er den Wagen in der Absicht, ihn solange zu gebrauchen, bis er nur noch Schrottwert hat und nicht mehr fahrtüchtig ist, um ihn dann dem Eigentümer " vor die Garage zu schieben", so handelt er in Zueignungsabsicht und begeht daher einen Diebstahl gemäß § 242 StGB.

14) Forts. von S. 141: fall abhängen, wollte man darauf abstellen, ob der Berechtigte das Fahrzeug wider Erwarten zurückerlangt oder nicht.

15) Vgl. oben, S. 134, Anm. 2.

16) Vgl. oben, S. 56.

Aber auch die Rückgabe eines durch den Gebrauch stark abgenutzten Wagens kann die Zueignung immer dann nicht ausschließen, wenn diese zuvor bereits stattgefunden hat. Dann stellt die Rückgabe des Fahrzeugs - ebenso wie die einer anderen gestohlenen Sache - lediglich eine Art "Wiedergutmachung" dar, die an der Erfüllung des Diebstahls- bzw. Unterschlagungstatbestandes nichts ändert, sondern allenfalls bei der Strafzumessung berücksichtigt werden kann.

Ob aber eine Zueignung in diesen Fällen bei Rückgabe bereits vorgelegen hat, kann nur anhand der objektiven Gegebenheiten festgestellt werden, wobei geprüft werden muß, ob das negative Zueignungselement erfüllt ist, ob also der Täter durch sein Verhalten die Eigentümerposition des Berechtigten bereits geleugnet hat. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Benutzer einer fremden Sache, der mit dieser schonend und rücksichtsvoll umgeht, regelmäßig nicht zu erkennen gibt, daß er das fremde Eigentumsrecht auf Dauer verneint. Andererseits erscheint der rücksichtslose Gebrauch eines fremden Kraftfahrzeugs, z.B. das Unterlassen jeder Pflege, die unverhältnismäßig starke Abnutzung infolge unsachgemäßer Behandlung usw., während eines längeren Zeitraums oder auf einer langen Fahrtstrecke ¹⁷⁾ als völlige Mißachtung des fremden Eigentumsrechts und somit als Verneinung desselben. In diesen relativ häufigen Fällen kann demnach der regelmäßigen Ausrede des unbefugten Benutzers, er habe das Fahrzeug zurückbringen wollen, ebensowenig Bedeutung beigemessen werden wie der tatsächlichen Rückgabe des infolge

17) Typische Spritzfahrten reichen hierfür keinesfalls aus.

rücksichtsloser Behandlung stark abgenutzten Fahrzeugs. Kann demgegenüber aus der schonenden und rücksichtsvollen Behandlung des fremden Wagens nicht auf Zueignung desselben durch den unbefugten Benutzer geschlossen werden, so besteht dennoch die Möglichkeit, daß sich der Täter diesen zueignet hat: Wer etwa ein fremdes Fahrzeug entwendet, um es fortan als eigenes zu benutzen, wird an einer längeren Lebensdauer des Fahrzeugs interessiert sein und es demgemäß schonen. Auch er hat aber in Zueignungsabsicht gehandelt und somit einen Diebstahl begangen, doch wird ihm die Einlassung, das Fahrzeug dem Eigentümer zurückgeben zu wollen, ungleich schwerer zu widerlegen sein, da es an der eindeutigen objektiven Zueignungshandlung mangelt. Eine Zueignung dürfte hier im Ergebnis nur dann angenommen werden, wenn man die Richtigkeit der Aussage des Benutzers unterstellt und sich gleichwohl das objektive Geschehen als eine Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten darstellt. Das würde freilich voraussetzen, daß eine "Enteignung" trotz rücksichtsvoller Behandlung des fremden Fahrzeugs und Rückgabe desselben an den Eigentümer überhaupt möglich ist.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist stets zu beachten, daß der Gesetzgeber von wenigen Ausnahmen abgesehen (§§ 290, 248 b StGB) den bestimmungsgemäßen unbefugten Gebrauch einer fremden Sache bewußt straflos gelassen und damit der Annahme einer Zueignung auch bewußt Grenzen gesetzt hat. Er hat daher auch in Kauf genommen, daß die natürliche, mit einem rücksichtsvollen Gebrauch verbundene Abnutzung der Sache strafrechtlich ebensowenig zu berücksichtigen ist wie der Nachteil, den der Berechtigte dadurch erleidet, daß er während eines mehr oder weniger langen Zeitraums von der Nutzung der Sache ausgeschlossen ist. Dennoch kann bezweifelt werden, ob eine "Enteignung" in diesen Fällen immer erst vorliegt, wenn die natürliche Abnutzung der Sache zur Unbrauchbarkeit geführt hat, oder

ob nicht bereits von einer Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten gesprochen werden muß, wenn die Sache einen bestimmten Abnutzungsgrad erreicht, obwohl der Täter sie schonend gebraucht und dabei die Rückgabeabsicht hat.

Fraglich ist jedoch, wann dieser "bestimmte Abnutzungsgrad" erreicht ist. Denn es gilt, eine Grenze zu finden, an welcher das *furtum usus* in die Zueignung übergeht. Daß eine solche Grenzziehung äußerst schwierig ist, leuchtet ein. Deshalb ist auch der Ansicht, die in diesen Fällen eine Zueignung nur dann annimmt, wenn die Sache, hier: das Fahrzeug, durch den Gebrauch unbenutzbar geworden ist, zuzugeben, daß sie ein klares Abgrenzungskriterium vertritt, welches auch im Interesse der Rechtssicherheit liegt und daher einer sonst unter Umständen möglichen "Gefühlsrechtsprechung" vorbeugt¹⁸⁾. Daß dieses Abgrenzungskriterium - wie z.B. RUDOLPHI selbst eingesteht¹⁹⁾ - andererseits zu als unbillig empfundenen Strafbarkeitslücken führt, kann als kriminalpolitische Komponente im Ergebnis die materiellrechtliche Frage nach der Zueignung nicht entscheidend beeinflussen. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob eine Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten bei ständiger Abnut-

18) So z.B. Rudolphi, GA 1965, S.48, wonach jedes andere Abgrenzungskriterium, wie z.B. Intensität, Umfang oder Dauer des Gebrauchs, Grad der Wertminderung u.ä., für eine feste und eindeutige Grenzziehung nicht geeignet ist und demzufolge zu einer im Einzelfall nicht nachprüfbaren Gefühlsrechtsprechung führt.

19) GA 1965, S.48.

zung der fremden Sache tatsächlich erst dann anzunehmen ist, wenn diese unbrauchbar ²⁰⁾ geworden ist, oder ob die Grenze bereits früher gezogen werden muß.

Vom Standpunkt der herrschenden Kombinationstheorie aus hat das OLG Hamm dieses Problem zu lösen versucht ²¹⁾.

Es stellt dabei auf eine erhebliche Substanz- bzw. Wertminderung der Sache, nämlich des Kraftfahrzeugs, durch Abnutzung ab. Bei Kraftfahrzeugen komme die Abnutzung durch den Gebrauch wertmäßig dadurch zum Ausdruck, daß Fahrzeuge gleichen Typs und Baujahres entsprechend der durch den Kilometerstand ausgewiesenen Fahrbelastung auf dem Markt für Gebrauchtwagen einen unterschiedlichen Wert hätten, der regelmäßig durch Taxe ermittelt werden könnte. Die Frage, um welchen Wertteil das Kraftfahrzeug durch den Gebrauch gemindert sei, beantworte sich nach der Differenz der Schätzwerte. Damit Zueignung vorliege, müsse diese Differenz "wenigstens mehrere Prozent des Werts vor der unbefugten Ingebrauchnahme ausmachen".

Abgesehen von der Frage, wann im Einzelfall das Erfordernis der "mehreren Prozent" erfüllt ist, überrascht bei der vom OLG Hamm vorgeschlagenen Lösung die Tatsache, daß die gleiche Fahrt mit verschiedenen Fahrzeugen unter dem Gesichtspunkt der Zueignung völlig verschieden beurteilt werden kann, je nachdem, ob der Täter einen neuwertigen Wagen benutzt oder aber einen bereits stärker fahrbelasteten und damit geringerwertigen: Dabei würde die prozentuale Beeinträchtigung der Lebensdauer durch die Benutzung des

20) Vgl. Jagusch, LK, Bem. V 2 a) bb) vor § 242, der Bezug nimmt auf RMG 18/35, wonach eine Wolldecke erst dann durch unbefugten Gebrauch zugeeignet sein soll, wenn sie nur noch als Wischlappen brauchbar ist.

21) OLG HAMM, JMB1NRW 1961, S. 110.

älteren Fahrzeugs stets entsprechend höher sein als die Beeinträchtigung des neuwertigen Wagens durch die gleiche Fahrt ²²⁾. Daß ein und derselbe Gebrauch und ein und dieselbe Wertminderung je nach dem Zustand des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Entwendung bald eine strafbare Zueignung, bald aber nur ein furtum usus ²³⁾ bedeutet, ist in der Tat kein befriedigendes Ergebnis. Wenn allerdings RUDOLPHI den Lösungsvorschlag des OLG Hamm aus diesem Grunde völlig ablehnt ²⁴⁾, so muß demgegenüber festgestellt werden, daß ein solches Ergebnis auch nach der von ihm vertretenen Ansicht möglich ist: Ein und derselbe Gebrauch (d.h. hier: die Benutzung der Fahrzeuge für die gleiche Fahrtstrecke) kann bei einem stärker fahrbelasteten Wagen zur völligen Unbrauchbarkeit und damit zur "endgültigen Entziehung der dem Fahrzeug objektiv innewohnenden Funktionsmöglichkeit" ²⁵⁾ führen, bei einem neuwertigen Fahrzeug dagegen lediglich eine unbedeutende Abnutzung bewirken.

Nach der hier entwickelten Bestimmung des Zueignungsbegriffs kommt es in diesen Fällen allein darauf an, ob der einen bestimmten Abnutzungsgrad erreichende Gebrauch des Fahrzeugs eine Leugnung der Eigentümerposition dar-

-
- 22) Jedem Täter wäre danach zu raten, nur neuwertige Wagen zu entwenden, damit bei seiner geplanten Fahrt von vornherein die Möglichkeit ausgeschlossen ist, die entscheidende Grenze von "mehreren Prozent" zu erreichen.
- 23) Das regelmäßig straflos, nur hier ausnahmsweise gemäß § 248b StGB auf Antrag (!) strafbar ist.
- 24) Rudolphi, GA 1965, S.35.
- 25) Rudolphi, GA 1965, S.48. Dem Täter wäre folglich auch hier im Ergebnis zu raten, sich nur an neuwertigen Fahrzeugen zu vergreifen.

stellt, ob der Täter also entweder das Eigentumsrecht des Berechtigten verneint oder aber dem Fahrzeug die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit entzieht. Die schonende Behandlung des Fahrzeugs und seine Rückgabe nach der unbefugten Benutzung sind keine Anhaltspunkte für eine das Eigentumsrecht des Berechtigten verneinende Einstellung des Täters - wie etwa der rücksichtslose Gebrauch ²⁶⁾ -, sondern vielmehr Indizien dafür, daß der Entwender das Fahrzeug von vornherein dem Eigentümer in Anerkennung seines Eigentumsrechts zurückgeben will. Selbst wenn der Täter mit dem Fahrzeug eine Weltreise unternimmt, braucht er dennoch das fremde Eigentumsrecht nicht unbedingt zu verneinen. Freilich kann auch eine bei schonender Behandlung erfolgende natürliche Abnutzung, die etwa durch eine solche Weltreise bewirkt würde, - wie gezeigt - ein Indiz für eine Verneinung des Eigentumsrechts sein und die Rückgabe des Wagens schließlich nur eine Art "Wiedergutmachung". Die gegenteilige Einlassung des Täters - mag sie auch scheinbar durch die schonende Behandlung und die Rückgabe des Wagens bestätigt werden - steht dann in einem derart großen Widerspruch zu seinem tatsächlichen Verhalten, daß ihr keine Bedeutung für die Bewertung der subjektiven Einstellung des Täters mehr zukommen kann ²⁷⁾.

Die praktisch nicht sehr häufigen Fälle aber, in denen der intensiven natürlichen Abnutzung des Fahrzeugs ein solcher Erklärungswert nicht beigemessen werden kann,

26) Vgl. oben, S. 143.

27) In diesen Fällen steht das objektive Verhalten des Täters der Anerkennung des fremden Eigentumsrechts diametral entgegen, so daß es einer Farce gleichkommt, wenn der Täter behauptet, er habe das Eigentumsrecht des Berechtigten nicht verneinen wollen.

sind von dieser Enteignungskomponente nicht zu erfassen: Eine Verneinung des Eigentumsrechts ist hier nicht anzunehmen.

Eine "Enteignung" kann in diesen Fällen folglich nur auf Grund der zweiten Komponente des negativen Zueignungselements gegeben sein. Danach wird die Eigentümerposition des Berechtigten auch dadurch geleugnet, daß der Sache die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit entzogen wird. Wollte man diese Verwendungsmöglichkeit für alle Fahrzeuge unabhängig von ihrer Fahrbelastung und ihrem Zustand, einheitlich beurteilen, so könnte man sie in der Tat lediglich in der Funktion der Fahrzeuge sehen, zu fahren und Menschen bzw. Lasten zu befördern. Bei ganz alten Kraftwagen wäre z.B. diese Verwendungsmöglichkeit bereits nach relativ geringer Benutzung, im Extremfall bereits nach wenigen Kilometern, wesentlich beeinträchtigt, bei einem neuwertigen Fahrzeug dagegen erst nach jahrelanger Abnutzung. Stellt man dagegen bei der Frage nach der Verwendungsmöglichkeit richtigerweise ²⁸⁾ auf die einzelne Sache in ihrer individuellen Erscheinungsform ab - und betrachtet sie nicht nur nach ihrer Zugehörigkeit zu einer Gattung -, so läßt sich die Verwendungsmöglichkeit des Fahrzeugs ebenso wie die einer anderen Sache näher bestimmen. So kann etwa die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit eines Kleides nur sein: getragen zu werden, und diese Fähigkeit hat es solange, bis es zerschissen ist. Ein neues Kleid hat darüber hinaus z.B. die Bestimmung, als Sonntagskleid, Abendkleid usw. zu dienen, und somit eine bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit, die ihm bereits in einem früheren Stadium entzogen wird,

28) Denn Zueignungsobjekt ist stets die Sache in ihrer Einmaligkeit.

nämlich dann, wenn es nur noch als "Werktagskleid" zu benutzen ist, aber dennoch angezogen werden kann. Freilich muß diese Funktion der Sache objektiv innewohnen ²⁹⁾ und darf ihr nicht vom Eigentümer speziell zugedacht sein; denn die Zueignung kann nicht von der Wertschätzung abhängen, die nur der Eigentümer der Sache beimißt.

Bei der Darstellung der Zueignung von Sparkassenbüchern durch Abhebung eines Teils der Einlage ist bereits festgestellt worden ³⁰⁾, daß die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit von Sparsbüchern nicht darin besteht, durch Vorlage derselben "Geld" von der Kasse abheben zu können, sondern vielmehr darin, durch Vorlage des Buchs eine Geldforderung gerade in Höhe der jeweiligen Einlage geltend zu machen. Auch daraus wird deutlich, daß bei der Bestimmung der Verwendungsmöglichkeit stets auf die einzelne Sache abzustellen ist.

Ist also die Zueignung eines Sparbuchs bereits dann zu bejahen, wenn ein geringer Teil der Einlage abgehoben wird, und die Zueignung z.B. eines Kleides bereits dann, wenn es durch den unbefugten Gebrauch anstatt als "Sonntagskleid" nur noch als "Werktagskleid", bzw. statt als solches nur noch als "Putzkleid" usw. zu benutzen ist, so muß auch bei jedem einzelnen Fahrzeug eine Abstufung ähnlicher Art gelten. Fraglich ist nur, welches Abgrenzungskriterium hier anzuwenden ist.

Auf das äußere Erscheinungsbild des Fahrzeugs kann ebenso wenig abgestellt werden wie auf die Verkürzung der Lebenserwartung, die das Fahrzeug etwa durch jeden gefahrenen Kilometer erfährt. Denn einmal kann ein Fahrzeug bei ständiger Pflege selbst in fahruntüchtigem Zustand äußerlich noch

29) So mit Recht Rudolphi, GA 1965, S.48.

30) Vgl. oben, S. 98 f.

relativ gut aussehen, zum anderen ist seine Lebenserwartung niemals genau feststellbar ³¹⁾. Dennoch muß sich die fragliche Abgrenzung im Ergebnis an der durch die Fahrbelastung ausgewiesenen Lebenserwartung des Kraftfahrzeuges orientieren. Allein dieses Kriterium ist letztlich für eine Bestimmung der Verwendungsmöglichkeit eines Wagens brauchbar. Insoweit ist im Ergebnis dem Lösungsvorschlag des OLG Hamm durchaus zu folgen, wenngleich die Verkürzung der Lebensdauer eines Fahrzeugs nach einem festen Prozentsatz (etwa 2 %) zu bestimmen, ebensowenig geeignet erscheint wie die Festsetzung einer absoluten Kilometergrenze (etwa 1500 km). Denn in beiden Fällen würde wiederum nur generell auf die Gattung und nicht auf das einzelne Fahrzeug als Zueignungsobjekt abgestellt ³²⁾. Als Abgrenzungskriterium bietet sich aber hier die erwähnte, beim Sperrbuch angewandte Lösung an. Ist bei diesem der Geldbetrag auf den Pfennig genau bestimmt, so ist die Verwendungsmöglichkeit im Extremfall bereits bei der Abhebung eines einzigen Pfennigs entscheidend beeinträchtigt. Demgegenüber kann die sich nach der Fahrbelastung bemessende Lebenserwartung eines Kraftfahrzeugs niemals genau festgestellt werden. Sie kann jedoch auf Grund der durch den Kilometerstand ausgewiesenen Fahrbelastung unter Berücksichtigung des jeweiligen Autotyps, des Baujahres und des Zustands geschätzt werden. Eine solche Schätzung kann sich aber immer nur auf Werte beziehen, die sich innerhalb einer Höchst- und einer Tiefstgrenze bewegen. Ein Gutachter wird eine Schätzung somit auf die Weise vornehmen, daß er dem jeweiligen Fahrzeug eine höchste

31) Abgesehen davon, daß der Gebrauch eines Fahrzeugs und damit die Abnutzung bis zu einem gewissen Grade jedenfalls niemals Zueignung sein kann (was bereits aus der Existenz des § 248 b StGB folgt).

32) Darüber hinaus wären auch die kriminalpolitischen Konsequenzen einer solchen Lösung wenig befriedigend. Vgl. dazu oben, S. 147.

Lebenserwartung von x km und eine niedrigste von y km beimißt.

Solange sich dieser Schätzungsrahmen vor dem unbefugten Gebrauch des Fahrzeugs und nach seiner Rückgabe überschneidet (z.B. Schätzungsrahmen vor dem unbefugten Gebrauch: Höchstgrenze 100 000 km, Tiefstgrenze 60 000 km, Schätzungsrahmen nach Beendigung des unbefugten Gebrauchs: Höchstgrenze 80 000 km, Tiefstgrenze 40 000 km), ist die Verwendungsmöglichkeit des Fahrzeugs (d.h. hier: die Möglichkeit, mit dem Wagen noch "ungefähr" 60 000 km fahren zu können) nicht entzogen. Sobald jedoch die Schätzung nach dem unbefugten Gebrauch einen Schätzungsrahmen ergibt, der sich mit demjenigen vor Ingebrauchnahme des Fahrzeugs überhaupt nicht mehr überschneidet (z.B. Höchstgrenze: 50 000 km, Tiefstgrenze: 30.000 km), ist die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit entscheidend beeinträchtigt und damit im Ergebnis das negative Zueignungselement erfüllt.

Wird durch diese Lösung dem OLG Hamm insoweit gefolgt, als die Zueignung eines Kraftfahrzeugs durch natürliche Abnutzung bereits in einem früheren Zeitpunkt als dem der völligen Unbenutzbarkeit möglich ist, so wird hier doch das unbefriedigende Ergebnis, zu dem das OLG Hamm auf Grund der Abgrenzung nach festen Prozentsätzen gelangt ³³⁾, weitgehend vermieden. Darüber hinaus ist nach dem hier vertretenen Lösungsvorschlag auch dann eine Zueignung abzulehnen, wenn ein ganz altes, aber gleichwohl fahrtüchtiges Fahrzeug nach Gebrauch unbenutzbar geworden ist. Denn bewegt sich die Schätzung innerhalb eines Rahmens von 0 km und z.B. 20 000 km, so wird von ihr auch die sofort eintretende Fahruntüchtigkeit des Wagens erfaßt, so daß in diesen Fällen eine Zueignung allein auf Grund der natürlichen Abnutzung nicht mehr in Frage kommen kann.

33) Vgl. oben, S. 147.

Schließlich steht diese Lösung auch nicht im Widerspruch zu dem gesetzlichen Gebot, das furtum usus straffrei zu lassen, es also nicht in den Zueignungsbegriff einzubeziehen: Der vorübergehende Ausschluß des Eigentümers vom Gebrauch und von der Nutzung seiner Sache findet als strafloses furtum usus dort seine Grenze, wo der unbefugte Gebrauch einer verbrauchbaren oder abnutzbaren Sache einen Verbrauchs- oder Abnutzungsgrad erreicht, der die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit der Sache aufhebt. Daß die bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit eines Fahrzeugs nicht nur darin besteht, schlechthin zu fahren und Personen oder Lasten zu befördern, sondern vielmehr darin, diese Leistung für eine in etwa schätzbare Fahrtstrecke zu bewirken, stellt zwar eine gewisse Einengung der Zweckbestimmung eines Fahrzeugs dar, die aber, wie die Parallelbeispiele (Sparbuch, Kleid) zeigen, der spezifischen Verwendungsmöglichkeit des Fahrzeugs durchaus entspricht.

Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, daß der mit einer natürlichen Abnutzung verbundene Gebrauch eines Kraftfahrzeugs dann als Zueignung anzusehen ist, wenn die sich an der Fahrbelastung des einzelnen Wagens orientierende Lebensdauer vor Ingebrauchnahme von derjenigen nach Beendigung der unbefugten Benutzung **derart** abweicht, daß sich die jeweiligen Schätzungsrahmen in keiner Weise mehr decken ³⁴⁾.

34) A.A. Rudolphi, GA 1965, S.48; wohl auch Kohlhaas, DAR 1962, S.283.

4. Zueignung durch einen Pseudo-Boten

Durch eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ¹⁾ ist in jüngster Zeit die Diskussion über den Zueignungsbegriff um ein neues, bislang kaum erörtertes Problem bereichert worden. Es geht dabei um die Frage, ob der Täter in Zueignungsabsicht handelt, der dem Eigen - tümer eine Sache wegnimmt, um sie als angeblicher Bote des Eigentümers dem Käufer zu überbringen und den dort kassierten Kaufpreis für sich zu behalten. Das Bayerische Oberste Landesgericht bejaht in diesem Fall eine Zueignungsabsicht und begründet die Zueignung vom Standpunkt der herrschenden Kombinationstheorie aus mit der Feststellung, der Täter eigne sich die Sache zwar nicht ihrer Substanz, aber doch ihrem Werte nach dadurch zu, daß er ihren Wert (sprich: Kaufpreis) seinem eigenen Vermögen wirtschaftlich einverleibe.

Im Schrifttum wird dieser Entscheidung im Ergebnis teils gefolgt, teils wird sie aber auch abgelehnt. SCHRÖDER ²⁾ vergleicht den hier fraglichen Fall mit dem "Getreidefall" des Reichsgerichts ³⁾, in welchem er entgegen der Rechtsprechung und der hier vertretenen Ansicht ⁴⁾ eine Zueignung verneint und lediglich Betrug annimmt. Denn der Täter gebe die Sache dorthin zurück, wohin sie nach der Rechtsordnung gehöre und wolle dem Eigentümer "weder die Nutzung

1) OLGSt. § 242, S.3; MDR 1964, S.776; JR.1965 ,S.26.

2) JR 1965, S.27; gegen eine Zueignung ferner: Schönke/Schröder, § 242, Anm.49; Schwarz/Dreher, § 242 Anm.3)A b); für eine Zueignung: Wessels, NJW 1965, S.1157.

3) RGSt. 57/199.

4) Vgl. dazu näher oben S. 52 ff.

der Substanz nach auch den Sachwert" ⁵⁾ entziehen. Gleichermaßen sei aber auch dann eine Zueignung zu verneinen, wenn der Täter - ohne die Sache dem Eigentümer zu übergeben - einen Zustand herbeiführe, den herbeizuführen der Eigentümer nach bürgerlichem Recht verpflichtet sei (§ 433 Abs. 1 BGB) ⁶⁾.

Demgegenüber hält WESSELS ⁷⁾ eine Zueignung der Sache für gegeben, da der Täter sich auch hier wie ein Eigentümer geriere. Zwar erscheine er dem Dritten gegenüber nicht als der juristische Eigentümer; darauf komme es letztlich aber auch nicht an, sondern vielmehr darauf, ob der Täter unter Anmaßung der Rechte des Eigentümers handeln und über dessen Sache für eigene Rechnung verfügen wolle. Das sei hier aber - wie sich aus dem objektiv feststehenden Sachverhalt ergebe - zu bejahen.

Welcher dieser Ansichten im Ergebnis zu folgen ist, kann nach dem hier vertretenen Zueignungsbegriff nur auf Grund des negativen und positiven Zueignungselements entschieden werden. Es ist somit zunächst zu prüfen, ob der Pseudo-Bote die Eigentümerposition des Verkäufers leugnet, wobei in diesem Fall nur darauf abgestellt werden kann, ob der Bote das Eigentumsrecht des Verkäufers verneint, da die der Sache innewohnende bestimmungsgemäße Verwendungsmöglichkeit hier nicht berührt wird.

Als Abgrenzungskriterium der Zueignung vom furtum usus hat diese Komponente des negativen Zueignungselements bislang aber nur dann zu Zweifeln Anlaß gegeben, wenn der Täter die Sache nach kurzer oder längerer Zeit dem Eigentümer zurückgibt. Dann kommt es nämlich darauf an, ob diese Rückgabe in Anerkennung des Eigentumsrechts erfolgt oder

5) Schönke/Schröder, § 242 Anm. 49.

6) Schröder, JR 1965, S. 27 f.

7) NJW 1965, S. 1157.

nicht ⁸⁾. Demgegenüber ist eine Verneinung des Eigentumsrechts stets dann anzunehmen, wenn der Täter die Sache dem Eigentümer nicht mehr zurückgeben will. Das ist regelmäßig auch dann der Fall, wenn er die Sache einem Dritten übergibt, es sei denn der Dritte gibt im Auftrage des Täters die Sache an den Eigentümer zurück ⁹⁾. Auch der Pseudo-Bote übergibt die im Eigentum des Verkäufers stehende Sache an einen Dritten, nämlich den Käufer. Freilich gibt er sich dabei dem Käufer gegenüber nicht als Eigentümer der Sache aus, da dieser die Herkunft der Sache kennt; insoweit weicht dieser Fall von den regelmäßigen Veräußerungen fremder Sachen an Dritte ab, bei welchen sich der Täter als Eigentümer geriert. Dennoch kann es bei der Verneinung des Eigentumsrechts nicht darauf ankommen, ob sich der Täter Dritten gegenüber als Eigentümer ausgibt oder nicht, sondern entscheidend ist allein seine Einstellung zum Eigentümer. So wird z.B. der Dieb einer Sache, die ihm nach den Umständen nicht gehören kann, beim Verkauf derselben an Dritte diesen nicht selten vorspiegeln, in Vertretung des Eigentümers oder einer fingierten Person zu handeln; gleichwohl ist seine Tat dann im Verhältnis zum Eigentümer eine Verneinung dessen Eigentumsrechts.

Auch im hier fraglichen Fall verneint der Bote das Eigentumsrecht des Verkäufers. Er übergibt dem Käufer die Sache

8) Vgl. die Fälle des "Organisierens" (oben, S. 122), wo die Rückgabe in Anerkennung des fremden Eigentumsrechts erfolgt, und die Fälle, in denen der Täter dem Eigentümer die diesem gehörende Sache auf Grund einer neuen causa "übereignen" will, dadurch also das Eigentumsrecht des Berechtigten verneint.

9) z.B. weil sich der Täter bei persönlicher Rückgabe der Strafverfolgung aussetzen würde (§ 248b) oder er Unannehmlichkeiten befürchtet.

nicht etwa in Anerkennung des Eigentumsrechts des Verkäufers: Der Käufer soll nicht die Sache im Auftrage des Täters dem Verkäufer zurückgeben, sondern vielmehr selbst "Eigentümer" sein ¹⁰⁾. Soll aber ein Dritter nach dem Plan des Täters "Eigentümer" der Sache werden, so ist darin notwendigerweise eine Verneinung des Eigentumsrechts des Berechtigten zu erblicken.

Entgegen der Ansicht SCHRÖDERS ¹¹⁾ ist im hier fraglichen Fall das negative Zueignungselement folglich gegeben; es liegt nicht nur eine Gebrauchsanmaßung vor ¹²⁾.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sich der Pseudo-Bote eines Diebstahls schuldig gemacht hat. Der Umstand, daß der Täter "einen Zustand herbeiführt, den herbeizuführen der Eigentümer nach bürgerlichem Recht verpflichtet gewesen wäre" ¹³⁾, rechtfertigt zwar nicht die Annahme eines bloßen furtum usus, könnte jedoch auf die Rechtswidrigkeit der Zueignung Einfluß haben. Anerkannt ist nämlich, daß der Käufer nicht rechtswidrig handelt, der sich den Besitz der Sache - bei Fälligkeit des uneinge-

10) Die Verneinung des Eigentumsrechts durch die Übergabe der Sache an einen Dritten ist folglich immer dann anzunehmen, wenn der Dritte nach dem Plan des Täters "Eigentümer" werden soll, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Dritte das "Eigentum" vom Täter, vom tatsächlichen Eigentümer oder von einer fingierten Person erlangen soll. Gleichgültig ist dabei, ob der Dritte gutgläubig ist oder ob es sich z.B. um einen Hehler handelt (vgl. Wessels, NJW 1965, S.1157).

11) JR 1965, S.27.

12) Daß der Ablehnung des negativen Zueignungselements durch Schröder nach der hier vertretenen Auffassung nicht zugestimmt werden kann, ist - abgesehen von der soeben dargelegten Begründung - von vornherein nicht zweifelhaft gewesen: Denn Schröder geht von den Fällen aus, in denen der Täter dem Eigentümer die weggenommene Sache auf Grund einer neuen causa (z.B. Kaufvertrag) unter Täuschung desselben oder unter Ausnutzung eines Beweisnotstandes zurückgibt. Da die hier fraglichen Fälle aber im Ergebnis nicht anders zu entscheiden seien Forts.: S. 158.

schränkten Übereignungsanspruchs - vom Verkäufer eigenmächtig verschafft ¹⁴⁾. Dabei wird allerdings die Zueignung der Kaufsache durch den Käufer nicht in Frage gestellt, was wiederum zeigt, daß die Konstruktion SCHRÖDERS, der bereits die Zueignung selbst ausschließen will, nicht richtig sein kann.

Handelt aber der Käufer, der sich die Sache eigenmächtig vom Verkäufer verschafft, nicht in der Absicht rechtswidriger Zueignung, so kann der Ausschluß der Rechtswidrigkeit, dem die Sache überbringenden "Boten" nur dann zugute kommen, wenn er nicht sich, sondern dem Käufer die Sache zueignen will. In diesem Falle wäre das Verhalten des Boten rechtlich als "Teilnahme" an einer rechtmäßigen Zueignung zu bewerten. Hat er dagegen sich die Sache zugeeignet, so kann er sich nicht darauf berufen, daß die gleiche Handlung, würde sie vom Käufer ausgeführt, keine rechtswidrige Zueignung wäre. Denn in der Person des Boten wäre in diesem Fall kein Grund ersichtlich, der die Zueignung durch ihn als rechtmäßig erscheinen ließe.

Es kommt also darauf an, ob der Pseudo-Bote das positive Zueignungselement in seiner Person erfüllt, ob er sich die Sache "aneignet". Das wäre der Fall, wenn er die Sache für sich behalten, über sie als eigene verfügen oder sie aber für sich nutzen würde. Demgegenüber würde die Besitzergreifung zwecks Weitergabe an einen Dritten dann kein "Sich-

12) Forts. zu S.157: als die, in denen die Sache endgültig beim Eigentümer verbleiben soll, verneint Schröder hier ebenso wie dort die "Enteignung".

13) Schröder, JR 1965, S.28.

14) H.M., z.B. BGHSt. 17/88 mit Anm. von Schröder, JR 1962, S.347; Jagusch, LK, Bem. D VIII vor § 242; Maurach, S. 231; Mezger-Blei, S.126; Schönke/Schröder, § 242 Anm. 57; Schwarz/Dreher, § 242 Anm.3) B; Schröder, DRiZ 1956, S.69. A.A. Bockelmann, Niederschr. Bd. 6, S.17; Welzel, S. 306 und Niederschr.Bd. 6, S. 301; Kohlrausch/Lange, § 242 Anm. III 2 d; Hirsch, JZ 1963, S.149.

Zueignen" darstellen, wenn der Täter die Sache als fremde weitergibt, ohne sie irgendwie zu nutzen. In diesem Falle läge nur eine Drittzueignung vor ¹⁵⁾.

Der Pseudo-Bote behält die Sache zwar nicht für sich und verfügt auch nicht über sie als eigene, er könnte sie jedoch für sich nutzen. Als "Nutzen" in diesem Sinne ist jeder Gebrauch der fremden Sache anzusehen, der nicht nur einen "Enteignungsreflex" ¹⁶⁾ darstellt, also nicht zur Erfüllung des negativen Zueignungselements unbedingt erforderlich ist, bzw. lediglich bei dessen Gelegenheit erfolgt. Der Bote hätte die dem Verkäufer weggenommene Sache nicht genutzt, wenn er sie lediglich dem Käufer gebracht hätte, und sie sich auch dann nicht nutzbar gemacht, wenn er zwar vom Käufer den Kaufpreis kassiert, diesen dann aber dem Verkäufer überbracht hätte ¹⁷⁾.

Im hier fraglichen Fall benutzt der Pseudo-Bote die Sache aber zu einer Täuschung des Käufers, um von diesem den Kaufpreis zu erlangen, den er für sich behalten will. Auf diese Nutzung der Sache hin ist deren Wegnahme durch den Boten angelegt. Die Täuschung des Käufers mit Hilfe

15) Die Drittzueignung ist entgegen der Meinung Wachenfelds, ZStW Band 40, S.324, begrifflich möglich. Insoweit kann auch der Ansicht nicht gefolgt werden, daß niemand einem anderen eine Sache zueignen könne, die er nicht sich selbst zuvor zugeeignet habe (Goltd.Mat. Bd.2, S.476). Zwar spricht die Ablehnung einer Drittzueignung nicht unbedingt gegen die Konstruktion eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft (so aber Schönke/Schröder, § 242 Anm.63), da in diesem Fall der Tatmittler eben nur "Werkzeug" ist. Der Täter aber, der aus eigenem Antrieb uneigennützig für einen Dritten eine fremde Sache beschafft - ohne über sie als eigene zu verfügen - eignet diese dem Dritten zu, h.M.; vgl. näher Lampe, GA 1966, S.241.

16) Vgl. dazu oben, S.76 f.

17) So im Ergebnis mit Recht Wessels, NJW 1965, S.1177, Anm.44.

der weggenommenen Sache ist nicht nur ein Enteignungsreflex, vielmehr kommt es dem Boten gerade darauf an, den Käufer auf diese Weise zu täuschen.

Dadurch wird auch der Unterschied zu dem von WESSELS ¹⁸⁾ gebildeten Fall deutlich: Dort geht es dem Pseudo-Boten darum, die Sache dem Käufer zu überbringen, während die Täuschung des Käufers nur eine unerwünschte Folge der Handlung des Boten ist, die lediglich bei Gelegenheit ¹⁹⁾ der "Enteignung" erfolgt.

Ist somit das positive Zueignungselement in der Person des Pseudo-Boten ebenfalls erfüllt, so hat er sich die Sache des Verkäufers zugeeignet, also einen Diebstahl begangen. Es ist daher im Ergebnis der Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts und WESSELS ²⁰⁾ zu folgen, wenngleich nach der hier vertretenen Meinung nicht das negative, sondern das positive Zueignungselement das entscheidende Abgrenzungskriterium darstellt, nämlich die Frage, ob der Bote die Sache im Sinne der positiven Zueignungskomponente nutzt, und zwar hier insbesondere, ob er sie für sich nutzt, oder ob lediglich ein "Enteignungsreflex" vorliegt. Da aber der Pseudo-Bote sich die Sache zueignet und in seiner Person kein Grund ersichtlich ist, der die Rechtswidrigkeit dieser Zueignung ausschliesse, kann es entgegen der Ansicht SCHRÖDERS ²¹⁾ nicht darauf

18) NJW 1965, S.1157 Anm.44. "Die Kundin K hat bei B Waren für eine am Abend vorgesehene Feier eingekauft. Das Warenpaket liegt ... zur Auslieferung an sie bereit. Als B hört, daß sein Freund F zur Feier eingeladen ist, während er keine Einladung erhalten hat, beschließt er, die Feier der K "platzen" zu lassen. Zu diesem Zweck gibt er Anweisung, das Warenpaket erst am nächsten Tag an K auszuliefern ... Um die Feier zu retten, nimmt A das Paket ... weg und bringt es zu K, wo er sich als Bote des B ausgibt und den Kaufpreis in der Absicht kassiert, ihn ordnungsgemäß an B abzuführen.

19) Vgl. dazu oben, S. 76 f.

20) NJW 1965, S.1157.

21) JR 1965, S.27.

ankommen, ob die Sache schließlich dorthin gelangt, wohin sie nach den "Rechtsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs" gehört.

5. Zusammenfassung

Die Anwendung des hier entwickelten Zueignungsbegriffs auf die verschiedenen Fallgruppen hat zu durchaus vertretbaren Ergebnissen geführt. Die Abgrenzung der Zueignung vom *furtum usus* bzw. von der Sachbeschädigung oder Sachentziehung ist relativ klar und eindeutig.

Entscheidend dafür ist nicht zuletzt der Verzicht auf eine Wertkomponente bei der Bestimmung des Zueignungsbegriffs. So wird insbesondere in den Fällen des "geistigen Diebstahls" und des "Organisierens von Dienstgegenständen" die Gefahr vermieden, durch die Annahme einer bloßen Wert-Zueignung bzw. die Ausweitung des Sachwertbegriffs die Grenze der §§ 242, 246 StGB als Eigentumsschutztatbestände zu bloßen Bereicherungsdelikten zu verwischen.

Freilich soll nicht geleugnet werden, daß sich über die hier vorgeschlagene Abgrenzung der Zueignung von der bloßen Gebrauchsanmaßung bei der Abnutzung von Kraftfahrzeugen streiten läßt. Zwar leuchtet ein, daß der bestimmungsgemäße Gebrauch einer abnutzbaren oder verbrauchbaren Sache nicht unbegrenzt lediglich als *furtum usus* angesehen werden kann, sondern daß bei Erreichen eines bestimmten Abnutzungsgrades eben nur noch Zueignung anzunehmen ist. Gerade in diesen Fällen könnte die Grenzziehung aber zuweilen willkürlich erscheinen. Der Grund dafür liegt jedoch weniger in der Bestimmung des negativen Zueignungselements als der Leugnung der Eigentümerposition des Berechtigten

und damit der wesentlichen Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit einer Sache als vielmehr darin, daß sich oft nur schwer feststellen läßt, wann bei einzelnen Sachen die Verwendungsmöglichkeit wesentlich beeinträchtigt ist. Abgesehen von den Fällen, in denen diese Verwendungsmöglichkeit genau festgelegt ist (z.B. beim Sparbuch), und in den Fällen, in denen die Sache überhaupt nicht mehr zu gebrauchen ist, ist die Frage, ob die Sache nach dem unbefugten Gebrauch in ihrer Verwendungsmöglichkeit entscheidend beeinträchtigt ist, vielfach nur auf Grund von Schätzungen durch Fachleute möglich. Dabei ist zu beachten, daß die bei solchen Schätzungen notwendigerweise auftretenden Impderabilien im Ergebnis nicht zu Lasten des Täters gehen dürfen; vielmehr kann von einer entscheidenden Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit immer erst dann gesprochen werden, wenn die Abnutzung der Sache einen solchen Grad erreicht, daß auch auf Grund der Schätzungen diese entscheidende Beeinträchtigung eindeutig feststeht.

Demnach erscheint auch die hier vorgenommene Abgrenzung der Zueignung von Fahrzeugen durch Abnutzung vom bloßen unbefugten Gebrauch durchaus vertretbar. Es soll dabei nicht verkannt werden, daß auch andere Abgrenzungskriterien denkbar wären; gegenüber der vom OLG Hamm vorgeschlagenen Möglichkeit einer Grenzziehung nach absoluten Maßstäben (Prozentsätze, gefahrene Kilometer) ¹⁾ ist die hier vorgeschlagene Lösung jedoch aus den angeführten Gründen vorzuziehen.

1) JMB1NRW 1961, S. 110; vgl. oben, S.145.

S C H L U S S B E T R A C H T U N G

Die vorliegende Arbeit sollte und konnte nur ein Versuch sein, auf dem Wege zur Klärung des heute wie ehemals umstrittenen Zueignungsbegriffs eine neue Lösung vorzuschlagen und zur Diskussion zu stellen. Der dargestellte Lösungsvorschlag nimmt im Ergebnis eine Stellung zwischen der Substanz- und der Sachwerttheorie ein. Zwar sind Wertgesichtspunkte der hier entwickelten Begriffsbestimmung der Zueignung bereits vom Zueignungsobjekt her wesensfremd, jedoch folgt sie auch keinesfalls der streng formalistischen Substanztheorie. Vielmehr wird in der Bestimmung des positiven Zueignungselements, insbesondere aber in der entscheidenden Beeinträchtigung der Verwendungsmöglichkeit als Komponente der "Enteignung" ein materiell-wirtschaftlicher Faktor zum Bestandteil des Zueignungsbegriffs erhoben.

Mit der Substanztheorie hat der hier entwickelte Begriff allerdings den Ausgangspunkt gemein, nämlich die körperliche Sache als Zueignungsobjekt; darüber hinaus ist auch die Betonung des Eigentums ("Leugnung der Eigentümerposition") ein Element formaler Betrachtungsweise des Zueignungsproblems. Insoweit sind durchaus Parallelen mit jüngsten Bestrebungen im Schrifttum erkennbar, der herrschenden Kombinationstheorie durch neue, von der Substanztheorie ausgehende Lösungsversuche entgegenzutreten ¹⁾.

1) Vgl. z.B. Maurech, S.201; Rudolphi, GA 1965, S. 34 ff.

Demgegenüber findet der hier gemachte Lösungsvorschlag im Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1962 weder eine Stütze, noch steht er diesem entgegen. Der Entwurf greift vielmehr in den Theorienstreit nicht ein. Wie aus der Begründung zu § 235 E 1962 ersichtlich ist ²⁾, bedeutet er kein Bekenntnis zur Substanztheorie oder zur Sachwerttheorie. Die Bestimmung des Zueignungsbegriffs ist vielmehr ausdrücklich offengelassen und damit Rechtsprechung und Wissenschaft anheimgestellt.

Das Ergebnis des vorliegenden Versuchs, eine Begriffsbestimmung der Zueignung zu finden, sei zum Schluß noch einmal angeführt. Es eignet sich danach derjenige die fremde Sache zu, der sie unter dauernder Verneinung des Eigentumsrechts des Berechtigten oder wesentlicher Beeinträchtigung ihrer Verwendungsmöglichkeit für sich behält, über sie verfügt oder sie auch nur vorübergehend nutzt.

2) E 1962, S.401.

Lebenslauf:

Am 9. Dezember 1937 wurde ich als Sohn des Diplom-Ingenieurs Bruno Lieder und seiner Ehefrau Maria geb. Echtermeyer in Stettin geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im März 1958 legte ich am Hohenstaufen-Gymnasium in Göppingen/Württ. die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich im Sommersemester 1958 und im Wintersemester 1958/59 an der Universität Tübingen Rechtswissenschaft und setzte das Studium ab Sommersemester 1959 an der Universität Münster fort.

Am 6. April 1963 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung. Ich bin im juristischen Vorbereitungsdienst.

